Die
Badische Zivilprozessordnung
von 1831

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Albert-Ludwigs-Universität

zu

Freiburg i. Breisgau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

von

August Keller aus **Emmendingen.**

Berlin 1913.

Dekan: **Professor Dr. Diehl.**

Referent: **Geheimer Hofrat Prof. Dr. Richard Schmidt.**

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung.
1. Allgemeines 1
2. Zivilprozeßverfahren vor 1831 in Baden 3
II. Prozeßordnung von 1831.
1. Äußere Entstehungsgeschichte der Prozeßordnung . . . 9
2. Hauptprinzipien der Prozeßordnung.
a. Trennung der Justiz von der Verwaltung; Kollegialität . 30
b. Stellung des Anwalts 36
c. Verhältnis des Richters zu den Parteien.
1. Dispositionsprinzip 50
2. Tatsachenbeschaffung 53
3. Prozeßbetrieb 57
d. Schriftlichkeit — Mündlichkeit.
1. Einleitung 59
2. Ziegler'scher Entwurf von 1826 62
3. Prozeßordnung von 1831 64
α Verfahren vor dem Einzelrichter . . . 64
β Verfahren vor den Kollegialgerichten . . 67
γ Verhältnis zu anderen deutschen Staaten . . 72
αα Preußen 72
ββ Bayern 74
e. Öffentlichkeit.
f. Beweis.
α Einleitung 78
β Beweiserhebung 79
λ Beweiserkenntnis 80
III. Schluß 83

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0005

Einleitung.

1. Allgemeines.

Im 18. und am Anfang des 19. Jahrhunderts beginnen in nahezu allen Staaten Deutschlands die großen prinzipiellen Prozeßreformen, die teilweise den Weg zu unserm heutigen Verfahren anbahnten, gleichzeitig aber auch den Gegensatz der Gesetzgebungsideale schufen, der heute noch in unverminderter Stärke andauert.

Das im Bureaukratismus versandete und die Prozesse endlos gestaltende gemeinrechtliche, schriftliche, heimliche Verfahren war unerträglich geworden. Es mußte wieder ein unmittelbarer Verkehr zwischen Gericht und Parteien hergestellt werden.

Die Reform schlug zwei verschiedene Bahnen ein. Der aufgeklärte Absolutismus suchte im 18. Jahrhundert durch Idealisierung der Richteraufgaben auf Kosten der selbständigen Einwirkung der Parteien zu reformieren. Die liberale Reformbewegung hingegen, die besonders in den konstitutionellen Staaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Anschluß an die Verfassungsbewegung unter französischem Einfluß entstanden war, erstrebte gerade in entgegengesetzter Tendenz zum System der polizeistaatlichen Bevormundung unter Übertragung der Grundgedanken der konstitutionellen Verfassungen auf das Zivilprozeßrecht und der Rechte der freien Einzelpersönlichkeit die Sicherheit der selbständigen Rechtsstellung der Parteien im Prozesse.

Während die württembergischen Prozeßedikte von 1811, 1816, 1819 die preußischen Prinzipien in Süddeutschland neu

befestigten und Gönner für Bayern das gleiche Ergebnis beförderte, suchte Baden als erster Staat Deutschlands in seinem klassischen Zeitalter des Liberalismus, im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts durch feste Ausgestaltung der individuellen Rechtssphäre der Parteien im Zivilprozeß ein Gegengewicht gegen den Einfluß staatlicher Beamtenmacht zu schaffen und das Gleichgewichtsverhältnis zwischen Gericht und Parteien herzustellen. Als Bedingung dieses Gleichgewichtsverhältnisses hatte man klar die Macht des Anwalteinflusses erkannt, die allein dem Untertanen die Kraft der Mitbestimmung im Zivilprozeß gibt, und man entschied sich daher für Einführung des Kollegialprinzips mit Anwaltzwang auch für die Untergerichte.

Was eine starke Strömung der heutigen Zeit, die im Vollgenuß der liberalen Schöpfungen früherer Perioden sich befindet, aber deren Vorzüge infolge des langen ungestörten Besitzes nicht mehr recht zu schätzen weiß, für andere Interessen wieder beiseite zu schieben sucht, hat die damalige Zeit in heißem Streit errungen. Die heute sogenannte soziale Seite des Prozeßrechts, besonders die Schleunigkeit und Billigkeit der Rechtspflege, die nunmehr von einer mächtigen Strömung als die zuerst zu berücksichtigenden Interessen gefordert werden, erkannte man auch in jener Zeit ganz richtig als wesentlich an; man ließ sie jedoch zurücktreten hinter einer die Gesetzmäßigkeit und Regelmäßigkeit des Verfahrens und eine gesicherte Rechtsstellung der Streitenden verbürgenden Rechtspflege, die allein Vertrauen erwecken kann.

Die Bedeutung der badischen Prozeßordnung von 1831 mochte gering erscheinen, solange man als bewegenden Gegensatz der legislativen Bestrebungen am Anfang des 19. Jahrhunderts nur den Gegensatz des gemeinrechtlichen schriftlichen und heimlichen Verfahrens und des französischen mündlichen und öffentlichen Verfahrens anzusehen gewohnt war. Es kann aber heute als gewiß gelten, daß der gemeinrechtliche Prozeß von Anfang an nur in den Hofgerichten vollkommen eingebürgert war. Seit dem 18. Jahrhundert geriet er aber auch hier

unter dem Einfluß Preußens durch die obengenannte Strömung in volle Zersetzung. Sie ging vom untergerichtlichen Verfahren aus, das mittelalterlich deutsche Elemente mit solchen des absoluten Polizeistaats verband und ein formloses einzelrichterliches Verfahren ohne Anwalt zum eigentlichen Normalverfahren in allen Sachen erster Instanz, womöglich auch vor den Obergerichten, zu erheben bestrebt war.

Aber gegenüber diesem preußischen Rechtspflegeideal hat die französische Prozeßgesetzgebung das System der Kollegialgerichte auch in erster Instanz und des Anwaltsverfahrens mit starken Parteirechten in einer Weise zu erneuter Geltung gebracht, die in vieler Hinsicht mit der gemeinrechtlichen Tradition Hand in Hand ging. Insbesondere die Verbindung von Mündlichkeit und Schriftlichkeit wurde mit diesem Grundtypus in sehr verschiedenartiger Weise möglich, und so haben diese Schlagworte hinter jenem Fundamentalgegensatz eine durchaus sekundäre Bedeutung erlangt, wie es bis heute auch noch der Fall ist.

2. Zivilprozeßverfahren vor 1813 in Baden.

In seiner ersten selbständigen Regelung des (Zivil)Prozeßwesens, in der vorläufigen Verordnung Karl Friedrichs, Markgrafen von Baden und Hochberg, die Abkürzung des rechtlichen Verfahrens bei unserm fürstlichen Hofgericht betr. vom 20. September 1752, hatte Baden eine von der gemeinrechtlichen Lehre mehrfach abweichende Prozeßordnung geschaffen, in der sich schon vielfach der absolutistische Zug des 18. Jahrhunderts zeigt.

Durch die Obergerichtsordnung von 1803, die notwendig geworden war, da Baden infolge Erhebung zum Kurfürstentum das Privilegium der dritten Instanz erhalten hatte, wurde nichts wesentliches geändert. Obwohl die Obergerichtsordnung einzelne Teile des Verfahrens genau normierte, ist sie nicht ausschließlich. Es galten neben ihr die Eidesordnung von 1803

sowie einzelne gemeinrechtliche Bestimmungen (Zeugen-, Eides-, Urkunden-Beweis etc.) und endlich das am 28. März 1804 ergangene Edikt „Die unheilbaren Nichtigkeiten betr.“ Auch die Obergerichtsordnung hat die Verhandlungsmaxime des gemeinen deutschen Prozesses nicht rein durchgeführt. Es zeigt sich mehrfach, daß die friderizianische Epoche ihre Wirkung ausgeübt hat. Es sind in verschiedenen Punkten dem Richter vormundschaftliche Befugnisse eingeräumt. So kann derselbe, wenn die Voraussetzungen für eine Streitverkündung vorliegen, von sich aus den dritten beiladen. Bei Versäumnis einer Partei werden die Versäumnisfolgen von Amts wegen ausgesprochen. Ergänzend hierzu kam, daß die Eidesordnung von 1803 es dem Richter zur Pflicht machte, sich von Amtswegen nach den Mitteln zur Erforschung der Wahrheit umzusehen, und erst bei Ergebnislosigkeit seiner Nachforschungen den Noteid aufzuerlegen. Hinsichtlich der Beweiserhebung hat die Obergerichtsordnung die Souveränität des Gerichts statuiert, das Beweise nur dann zu erheben braucht, wenn es sie für erheblich und notwendig erachtet. Es stand dies im Einklang mit der inquisitionellen Bestimmung, daß der Richter sich nach Beweismitteln umsehen muß.

Hinsichtlich des äußeren Verfahrens hat entsprechend der damaligen gemeinrechtlichen Doktrin ausschließlich schriftliches Verfahren gegolten.

Die Eventualmaxime ist in maßvoller Weise durchgeführt.

Die Schriftsätze, die vom Gericht wegen Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit zurückgewiesen werden können, können bis zur Quadruplik aufsteigen und werden nach Schluß des Verfahrens einem Referenten überwiesen, welcher sein der Kontrolle der Parteien unterliegendes rechtliches Gutachten erteilen muß. Sehr nachteilig und prozeßverschleppend wirkten die zahlreichen Rechtsmittel, die die Obergerichtsordnung vorsah.

Nun war aber durch die Obergerichtsordnung, wie schon der Name besagt, nur das Verfahren vor den 5 Obergerichten geregelt. Es waren dies das Oberhofgericht zu Bruchsal, von

1810 ab in Mannheim, und die 4 Hofgerichte, nämlich das des Seekreises zu Meersburg, des Oberrheinkreises zu Freiburg, des Mittelrheinkreises zu Rastatt und des Unterrheinkreises zu Mannheim.

Für das Verfahren in der untersten und wichtigsten Instanz gab es keine Gerichtsordnung, wie es auch noch keine besondern Untergerichte gab, denn hier hatte eine Trennung der Justiz von der Verwaltung noch nicht stattgefunden, und der politische Beamte, der Amtmann, war zugleich Richter. Die einzige gesetzliche Bestimmung für das Verfahren bildete der § 8 des 6. Organisations-Edikts vom 9. März 1803, welcher bestimmte, daß vor den Ämtern nur mündliche protokollarische Verhandlungen stattfinden solle und nur in besonderen wichtigen Sachen Advokaten zugelassen werden dürften. Hinsichtlich der nähern Ausgestaltung des Verfahrens mußte man Zuflucht nehmen zu den vielen Verordnungen der Landesteile, aus denen Baden 1803—1806 zusammengesetzt wurde. Wo solche Verordnungen nicht vorhanden waren, wurde die gemeine deutsche Prozeßtheorie und Teile der Obergerichtsordnung angewandt. Nicht gesteuert wurde diesem Mißstand durch Rechtsbelehrungen des Justizministeriums, wodurch dasselbe suchte, Direktiven für das Verfahren zu geben. Es war aber besonders deren Rechtsverbindlichkeit bestritten[1]), und einzelne derselben ließen es auch an der erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit fehlen. So bestimmte das Justizministerium im Jahre 1806[2]), daß der Prozeß vor den Ämtern summarisch sein sollte nach dem Muster der Clementina saepe de verb. signif; es komme keineswegs auf irgend welche besondere Förmlichkeit in der Verhandlungsart als lediglich auf die wesentlichen Stücke der Rechtserörterung an. Die Dispositionen älterer Untergerichtsordnungen hätten nur als Fingerzeige, wie ein Prozeß ordentlich geführt werden könne, nicht aber als den Richter in der jedesmaligen Beobachtung dieser Schranken einbannende Vorschriften zu gelten.

[1]) v. Drais „Geschichte der Bad. Gerichtshöfe" S. 127.

[2]) Regierungsblatt von 1806 S. 44—45.

Diese Buntfaltigkeit und Regellosigkeit spiegelt sich auch in der juristischen Literatur Badens wieder. Die verschiedenen Beamten, die das Verfahren vor den Untergerichten literarisch darstellten, konstruierten je eine eigene Prozeßordnung, deren Grundgedanken, soweit sie das Verhältnis der Richtergewalt zu den Parteien betreffen, diametral entgegengesetzt sind, da die Verfasser verschiedene Rechtspflegeideale vertreten. Einerseits sieht der Ettenheimer Oberamtmann Donsbach in der Omnipotenz des im Vertrauensverhältnis zu den Parteien stehend gedachten Richters sein Ideal.[3]) Andererseits verfechten hinsichtlich der Stellung des Richters zu den Parteien der Staatsrat Roth[4]) und der Hofgerichtsadvokat v. Kettenacker[5]) gemeinrechtliche Ideen. Nicht verwunderlich war daher, daß gleich auf den ersten Landtagen die Abgeordneten über die Paschawirtschaft der Amtmänner klagten, von denen sich jeder seine eigene Prozeßordnung gefertigt habe[6]). Mit diesen dem Wesen der Rechtspflege widersprechenden Zuständen verband sich noch der Umstand, daß die Amtmänner in erster Linie Exekutivbeamte waren, und hier durch keine Garantien rich-

---

[3]) So führt Donsbach in seinem Werke: „Die Verfassung und das Prozeßverfahren der Untergerichte im Großherzogtum Baden" aus: Der Amtmann soll einfältige oder unerfahrene Leute vor unnötigen Verwicklungen im Prozeß und übermäßigen Kosten in Schutz nehmen S. 7. Der Richter soll als der natürliche Anwalt und Ratgeber des Klägers wie des Beklagten beiden Teilen zu Hilfe kommen; es werde mithin der Rechtsstreit nicht sowohl von den Parteien vor dem Richter als von dem Richter für die Parteien geführt S. 5.

[4]) Roth: „Entwurf einer Untergerichtsordnung für die Gr. Bad. Ämter." Karlsruhe 1824.

[5]) v. Kettenacker: „Denkschrift für das deutsche Gerichtsverfahren gegen die volkstümliche Gerichtsöffentlichkeit." Freiburg 1823. Doch schildert auch er als Gebrechen, daß die Parteien in der ersten Instanz ganz von der Willkür des Richters abhängen. „Was der Richter zu Protokoll nimmt, hat öffentlichen Glauben. Der Aktuar, da er vom Richter angestellt und entlassen wird, kann seinen Herrn nicht kontrollieren. Der Advokat von dem Unterrichter gleichsam nur toleriert, darf und will in den meisten Fällen keinen Beistand leisten." S. 29.

[6]) v. Rotteck: „Geschichte des Bad. Landtags v. 1831" S. 7.

terlicher Unabhängigkeit geschützt waren. Es war ganz erklärlich, daß sie bei der Erfüllung ihrer Pflichten zuerst die Verwaltungsgeschäfte erledigten, von deren gutem Vollzug auch ihre Zukunft abhing, und daß viele, wie von Seiten leitender Beamten auch zugegeben wurde, die Justizgeschäfte meist nur als Nebensache behandelten[7]). Außerdem gab es sehr häufig Kollisionen der Interessen bei Vereinigung der zwei in vielen Punkten sich direkt entgegengesetzten Funktionen in einer Hand, wie Duttlinger in der zweiten Kammer an einer Reihe tatsächlich vorgekommener Fälle nachwies[8]).

Vor den Untergerichten galt allgemein das Unmittelbarkeitsprinzip, d. h. die Parteien mußten persönlich vor dem Amte erscheinen, wobei Anwälte, abgesehen von einigen verschwindenden Ausnahmen, ausgeschlossen waren. Die Parteien gaben ihre Erklärungen zu Protokoll ab, das der Richter dem von ihm angestellten Aktuar in die Feder diktierte, und das öffentlichen Glauben genoß[9]).

---

[7]) Andererseits wird berichtet, daß viele badische Ämter Prozeßakten aufwiesen, die als Muster eines einfachen und richtig geleiteten Prozesses hätten dienen können. Es scheint eben die treffliche Schulung der Beamten unter Karl Friedrich trotz der schwierigen Rechtsverhältnisse sehr lange nachgewirkt zu haben.

[8]) Verh. der bad. Landstände 1822 II. Kammer Heft 2 S. 334—335 Müller: „Bad. Landtagsgeschichte" Bd. 1 S. 61 spricht sogar von Kabinettsjustiz.

[9]) Ebenfalls Verfahren zu Protokoll galt nach der Allgemeinen Gerichtsordnung Preußens im Verfahren vor den Gerichten erster Instanz und in Baiern nach dem Gesetz vom 22. VII. 1819 vor den Gerichten erster Instanz.

Die Prozeßordnung von 1831.

I. Äußere Entstehungsgeschichte der Prozeßordnung.

Das Justizministerium hatte sich bereits im Jahre 1809 für die Notwendigkeit der Schaffung einer besonderen Untergerichtsordnung ausgesprochen. Zufolge allerhöchster Anordnung wurde daraufhin im Jahre 1810 Staatsrat v. Brauer, der eben erst das Badische Landrecht nach dem Code civil bearbeitet hatte, beauftragt, einen Entwurf einer Untergerichtsordnung zu fertigen. Ganz im Geiste der damaligen Kodifikationsbewegung, faßte er jedoch seine Aufgabe weiter auf, und schuf im Jahre 1811 mit dem ihm eigenen Schaffenseifer, produktiv wie er war, in wenigen Monaten von Januar bis Juli[10]) einen sehr umfangreichen Entwurf einer für die Unter- und die Obergerichte gemeinschaftlichen Prozeßordnung[11]), die vor allem die leichtere Durchführung des Badischen Landrechts und dessen neu eingeführter Institute ermöglichen sollte, und daher auch die Funktionen aller in Betracht kommenden Zivilrechtspflegeorgane bis ins kleinste regelte. Wenn Brauer auch in vieler Beziehung den Code de procédure civile zum Vorbild genommen hatte, von dort auch die Kronanwaltschaft übernommen hatte, so hatte er doch teils in wesentlichen Punkten, so vor allem bezüglich der Struktur des obergerichtlichen Verfahrens,

---

[10]) Fr. v. Weech: „Badische Biographen" I. Teil S. 122.

[11]) Herr Regierungsassessor Dr. Lenel in Freiburg hat diesen Entwurf im Jahre 1912 im Gr. Generallandesarchiv in Karlsruhe aufgefunden.

das schriftlich bleiben sollte, den Entwurf auf das gemeine deutsche Verfahren aufgebaut, teils war er vollkommen schöpferisch. Insbesondere zeigte er sich, unter Ablehnung der Friedensrichter und der Kollegialgerichte erster Instanz, als unbedingter Anhänger der heimischen Amtsgerichtsbarkeit mit mündlicher Verhandlung zu Protokoll im Regelfall und mit Ausschluß der rechtsgelehrten Anwälte, und nur für die oberen Instanzen setzte er Kollegialgerichte mit Anwaltzwang voraus. Der Entwurf ist jedoch im Gegensatz zu der nur ein paar Jahre ältern Kurbaden'schen Obergerichtsordnung von 1804 gänzlich unbeeinflußt von der friderizianischen Ära, indem er, unter Fernhaltung aller vormundschaftlichen Befugnisse des Richters, dem Anwalteinfluß weiten Spielraum ließ, insbesondere auch vor den Untergerichten, und möglichst das Gleichgewichtsverhältnis von Gericht und Partei herzustellen bestrebt war.

Der Entwurf fand jedoch, auch bei aller Anerkennung seiner trefflichen Ausarbeitung, bei den maßgebenden Stellen, die damals größtenteils Gegner einer Kodifikation des Prozeßrechts waren, keine Billigung. Da auch bald darauf im Jahre 1811 Staatsrat Reinhard, der für denselben sehr eingetreten war, und im Jahre 1813 von Brauer selbst starb, wurde er in den Akten vergraben, und die Reform des Zivilprozesses wurde zunächst wieder zurückgestellt[12]).

Nachdem man aber die Einführung einer konstitutionellen Verfassung erreicht hatte, und somit der Grundstein für die Konstituierung der staatsbürgerlichen Rechte gelegt war, richtete sich die freiheitliche Bewegung auf weitere Ausgestaltung der Sphäre der Einzelpersönlichkeit auch im Prozeß. Mann hatte nun auch selbst die Möglichkeit auf den Ausbau derselben bestimmenden Einfluß zu üben. Man erkannte ganz richtig das gerichtliche Verfahren, in dem sich staatliche Beamtenmacht und die

[12]) Wie der Verfasser aus den von ihm benützten Materialien festgestellt hat, hat der Brauer'sche Entwurf, der den Mitgliedern der Gesetzgebungskommission von 1827 offenbar nur dem Namen nach bekannt war, keinen Einfluß auf die Redaktion der Prozeßordnung von 1831 ausgeübt.

Einzelpersönlichkeit in ganz markanter Weise gegenübertreten, und besonders den Zivilprozeß, der in dieser Beziehung der Reform am dringendsten bedurfte, als eines der zunächst in Angriff zu nehmenden Projekte an. Sehr verstärkt wurde dieses Verlangen nach einer dem Sinne der Verfassung entsprechenden gesetzlichen Regelung des Zivilprozesses durch die nahe Nachbarschaft Frankreichs, dessen Gerichtsverfahren mit seiner Kollegialität, Öffentlichkeit, Mündlichkeit und freiem Anwaltsbetrieb einen mächtigen Anreiz ausübte, besonders da es auch auf deutschem Boden in der Rheinprovinz und in Rheinbayern die Zufriedenheit der großen Mehrzahl gefunden hatte. Es war dieses Mal die Reformbewegung von unten ausgegangen.

Gleich auf dem ersten Landtage im Jahre 1819 verlangte der liberale Abgeordnete, Ludwig Freiherr von Liebenstein, in seinem Antrag auf „gänzliche Trennung der Justiz von der Administration und Einführung des öffentlichen und mündlichen Verfahrens in bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen" eine grundsätzliche Reform. Des Nähern führte er aus: „Die jetzigen Verhältnisse im Verfahren vor den Untergerichten, wo ein einzelner Mensch die gesamte bürgerliche und peinliche Rechtspflege in erster Instanz verwaltet und dazu der politischen und polizeilichen Administration in allen ihren Zweigen vorsteht, wo der Amtmann oft genötigt ist, in unzähligen einzelnen Rechtsfällen zugleich der Sachwalter von meist durchaus rechtsunkundigen Parteien und ihr Richter zu sein, und dabei sich als vollziehendes Werkzeug aller oberen Zweige der Staatsverwaltung gebrauchen lassen muß, setzt einen Zustand patriarchalischer Unschuld bei Volk und Regierung voraus. Die Rechtsverhältnisse müssen höchst einfach sein. Die obere Verwaltung des Staats, insofern sie nicht Rechtspflege ist, muß bloß väterlich und durchaus mit sich selbst einig sein. In dem Herzen des Volkes muß die reine Flamme des kindlichen Vertrauens noch wohltätig erwärmend lodern."[13])

---

[13]) Verhandlungen der bad. Landstände v. 1819 II. Kammer S. 121.

In einer der nächsten Sitzungen brachte nun noch der Abgeordnete Föhrenbach eine Motion ein: „Die Herstellung einer Ordnung für den Zivilprozeß sowie einer Exekutions- und einer Konkursordnung betr.“[14]).

Der Erfolg der Motionen war das Versprechen der Regierung, dem nächsten Landtage eine diesbezügliche Vorlage zu machen. Es wurde auch durch landesherrliches Reskript vom 17. Mai 1819 wieder eine Gesetzgebungskommission eingesetzt[15]), der neben andern Arbeiten auch der Auftrag zuteil wurde, eine neue Untergerichtsordnung und Exekutionsordnung vorzuschlagen und die Obergerichtsordnung durchzugehen und nötigenfalls die geeigneten Vorschläge zu machen.[16]) [17]) [18]) Diese Kommission sollte aus ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern bestehen. Die außerordentlichen Mitglieder sollten je ein Professor der Juristenfakultäten von Heidelberg und Freiburg sein. Auch in der ersten Kammer[18]) wurde lebhaft für die Reform Partei ergriffen, wobei schon weitere und höhere Gesichtspunkte geltend gemacht wurden, allerdings unter großer

---

[14]) Eine eigentliche Exekutions- und eine Gantordnung bestand bis jetzt überhaupt nicht. Ministerielle Verordnungen gaben einige Fingerzeige. Auch hatte Staatrat Brauer in seinen Erläuterungen zum Landrecht für die Behandlung der Gantgeschäfte einige Winke gegeben und eine Tafel für die Berechnung der Konkursforderungen aufgestellt. Trotzdem soll sich, offenbar als Nachwirkung der bereits geschilderten ausgezeichneten Schulung der Beamten unter Karl Friedrich ein stehender Typus herausgebildet haben. v. Weiler, die Grundzüge eines Zivilprozeßrechts für Baden, Archiv f. Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 1 S. 10.

[15]) Schon in der späteren Zeit Karl Friedrichs hatte man zur Bearbeitung von Gesetzesvorschlägen jeweils Gesetzgebungskommissionen eingesetzt.

[16]) Regierungsblatt von 1819 Seite 93.

[17]) Die Kommission war ermächtigt, Gutachten und Erläuterungen von den Behörden des Landes unmittelbar einzuholen, auch Bemerkungen über die von ihr zu bearbeitenden Aufgaben von Privatpersonen anzunehmen.

[18]) Die Zivilprozeßreform kam hier erst zur Sprache, nachdem die Gesetzgebungskommission bereits eingesetzt war.

Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse. So brachte in diesen Tagen des freiheitlichen Idealismus der Abgeordnete Freiherr von Türkheim, der Direktor des Dreisamkreises, eine Motion ein auf Einleitung einer gemeinschaftlichen Bearbeitung der Grundlinien für die Gesetzgebung und Gerichtsverfassung in den deutschen Bundesstaaten.[19]) Denselben idealen Schwung aber auch dieselbe Verkennung der Realität verriet der Kommissionsbericht über obige Motion, der von dem Vorkämpfer der deutschen Rechtseinheit, dem Geh. Hofrat Thibaut, erstattet wurde. Derselbe ergriff hier die Gelegenheit, für seine Lebensaufgabe einzutreten und stellte folgenden Schlußantrag: „Die badische Regierung möge entweder durch Vermittlung des Bundestages auf alle andern Regierungen in diesem Sinne einzuwirken versuchen, oder sich mit den einzelnen Regierungen in unmittelbare Verbindung setzen, und so auf eine Vereinbarung über das Wesentliche und Wichtigste hinarbeiten. Sei auch auf den ersten Weg bei den engen Grenzen, welche die Bundesakte der Bundesversammlung gesteckt habe, wenig Verlaß, so sollte man immerhin einen letzten Versuch machen, eine große Nationalangelegenheit zur Sprache zu bringen etc.[20])

Die Verwirklichung dieser Ideen sollte jedoch nicht so leicht sein. Einerseits waren die Ansichten über die Art und Weise der Reform noch nicht genügend geklärt, und andererseits waren, abgesehen von der damaligen gänzlichen Aussichtslosigkeit der Ideen Türkheims und Thibauts, die politischen Verhältnisse noch nicht so gelagert, daß an eine wirklich liberale Prozeßreform hätte gedacht werden können.

Der Übergang vom absoluten zum konstitutionellen Regime hatte sich nicht so leicht vollzogen, wie man es sich sowohl auf Seiten der Regierung als auch auf Seiten des Volkes vorgestellt hatte[21]).

---

[19]) Verhandlungen der badischen Landstände I Kammer 1819 S. 202 ff.

[20]) Verh. der bad. Landstände 1819 I Kammer Seite 229.

[21]) v. Treitschke „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh." Bd. 2 S. 509 ff.

Dem neuen ganz freiheitlichen Landtag, dessen politisch liberale Zusammensetzung die Regierung tatsächlich überrascht hatte [22]), stand eine infolge langer Tradition besonders seit der Zeit Karl Friedrichs sehr stark gefügte Bureaukratie gegenüber[23]), deren entschlossenes und selbstbewußtes Auftreten während der Zeit Karls, wo eine Verwilderung des Beamtentums eingetreten war[24]), noch gefördert worden war. Die freiheitlichen Forderungen der durch keine Überlieferung gefestigten Kammer, die in ihrem großen Machtbewußtsein oft sehr über das Ziel schoß, lösten auf der Regierungsseite Sprechenden einen die richtigen Schranken überschreitenden Gegendruck aus. Durch die Zusammensetzung der Gesetzgebungskommission[25]) aus vorwiegend reaktionären Beamten suchte man eine Gewähr dafür, daß eine künftige Prozeßreform nicht von liberalen Ideen zu sehr beeinflußt wurde. Die Nachrichten, die aus dem obersten Justizdepartement — diesem war die Gesetzgebungskommission unterstellt — über die Neuordnung der Prozeßordnung in die Öffentlichkeit drangen, ließen dies auch erkennen[26]).

Es kam daher in der zweiten Kammer noch einmal zu einer scharfen Aussprache über die Prozeßreform. Man beschritt

---

22) Müller „Badische Landtagsgeschichte" Bd. 1 S. 61 ff. Clauß „Der Staatsbeamte als Abgeordneter" S. 88.

23) Andererseits waren Beamte Führer der Opposition im Landtage. Clauß: „Der Staatsbeamte als Abgeordneter" S. 87. v. Treitschke: „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh." Bd. 2 S. 228. Verhandlungen der Bad. Landstände 1819 ff.

24) v. Treitschke: „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh." Bd. 2 S. 359—360.

25) Am 19. Oktober 1820 wurde die Gesetzgebungskommission um 3 Mitglieder verstärkt. Staats- und Regierungsblatt v. 1820 S. 131. Am 2. Dezember 1820 eröffnete sie ihre Sitzungen. Staats- und Reg.-Blatt von 1820 S. 156. Am 21. März 1821 wurde seiner Kgl. Hoheit dem Großherzog von der Justizsektion mitgeteilt, daß der Geh. Referendär v. Traitteur die Revision der Obergerichtsordnung sowie die Verfassung der Untergerichtsordnung übernommen habe. Die Arbeit sei ihm schon zur Zeit des Justizministeriums (also vor 1819) übertragen gewesen.

26) Müller: „Bad. Landtagsgeschichte" 2. Bd. S. 151 ff.

den Weg der Initiative. Der Freiburger Rechtslehrer Duttlinger stellte nochmals Anträge auf Trennung der Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen, auf Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens in Zivilsachen und endlich auf Einsetzung kollegialischer Gerichte auch in der untersten Instanz an Stelle der Einzelrichter. Diese Anträge, die Duttlinger mit der ihm eigenen Schärfe in einer hochbedeutsamen und tiefgehenden Rede begründet hatte, wurden noch dadurch unterstützt, daß sich nach Schluß der Rede der größte Teil der Kammer erhob[27]). Die Anträge wurden darauf von der Kammer einer Kommission überwiesen, die dieselben in ihrem Bericht, erstattet von dem Abgeordneten Ziegler, voll unterstützte[28]). Diese Mahnung an die Regierung rief zunächst eine für das kleine Land Baden und die damaligen Verhältnisse sehr reichhaltige, literarische Diskussion über die Prozeßreform hervor. Es zeigte sich jedoch hierbei, daß eine Einführung der französischen Grundprinzipien, selbst nach einer den Verhältnissen entsprechenden Umbildung einzelner, nicht die ungeteilte Zustimmung erfahren hatte. Sehr beachtenswerte Stimmen, die das Wertvolle im deutschen Verfahren hervorhoben, wandten sich gegen die Neuerungen, die unserm deutschen Charakter nicht entsprächen. Zu derselben Zeit, wo der Ettenheimer Oberamtmann Donsbach für die teilweise Durchführung der Feuerbach'schen Ideen, d. h. für maßvolle Durchführung der französischen Grundprinzipien, in Baden eintrat, zu derselben Zeit, wo der Heidelberger Prozessualist Mittermaier und der Freiburger

---

[27]) Verh. der bad. Landstände v. 1822 II Kammer 2. Heft S. 346. Die Freiburger Zeitung vom 11. V. 1822 berichtet, daß die Rede mit Sehnsucht erwartet wurde und von der Versammlung mit lebhaftem Interesse aufgenommen wurde.

[28]) Verhandl. der bad. Landstände 1822 II. Kammer Heft 5 S. 75 ff.

[29]) Donsbach: „Die Verfassung und das Prozeßverfahren der Untergerichte im Großherzogtum Baden." Er trat für Trennung der Justiz von der Verwaltung, Kollegialität der Gerichte und beschränkte Öffentlichkeit des Verfahrens ein. Eine mündliche Verhandlung nach einem schriftlichen Vorverfahren hält er jedoch für überflüssig. S. 17.

Rechtslehrer Duttlinger die Rezeption des Wertvollen des französischen Prozesses auf ihren Lehrstühlen zu fördern suchten, wandte sich der damalige Präsident des Oberhofgerichts, der ehrwürdige Freiherr v. Drais, einer der besten Beamten des Großherzogtums, dessen große Fähigkeiten sich besonders in der Organisationszeit des neugeschaffenen Großherzogtums erprobt hatten, gegen eine Reform nach französischem Muster. Wenn er auch viele Mängel an dem bestehenden Verfahren anerkannte, so suchte er, der in der strengen Schule Karl Friedrichs erzogen war, durch Vorschläge vor allem zur Hebung des Verantwortlichkeitsgefühls der Richter und zur organischen Weiterentwicklung des Bestehenden und nicht zum Niederreißen desselben auf die Reform einzuwirken. Vor allem suchte er klarzulegen, daß wir durch unsere deutsche Art der Öffentlichkeit und durch unsere Referate samt deren Kontrollen mehr Garantien für die Tüchtigkeit der einzelnen Richter und für die Gründlichkeit der einzelnen Rechtserörterungen böten als das fremde Verfahren. Endlich wäre ein Zeitalter von Neuerungen praktisch verstanden noch nicht recht reif zur glücklichen Hervorbringung von ganzen Gesetzbüchern, wie Savigny und Andere schon bemerkt hätten[30]).

In denselben Bahnen wandelte der Hofgerichtsadvokat v. Kettenacker, der sich mit seiner im Jahre 1822 erschienenen Schrift: „Denkschrift für das deutsche Gerichtsverfahren gegen die volkstümliche Gerichtsöffentlichkeit" vor allem gegen die Anträge Duttlingers über Öffentlichkeit und Mündlichkeit und Kollegialität in der zweiten badischen Kammer richtete. Doch hat Kettenacker die Aufklärungszeit schon mehr überwunden und erkennt klar, daß durch Idealisierung der Richteraufgaben allein die Gebrechen der Rechtspflege sich nicht beheben lassen, sondern daß die Verantwortlichkeit auf zwei sich überwachende und sich fördernde Organe verteilt gehört. Scharf wendet er sich gegen den Ausschluß der Advokaten vom Verfahren vor

[30]) Bericht des Oberhofrichters vom 16. Januar 1823 an das oberste Justizdepartement S. 17.

den Untergerichten. „Die Vernachlässigung dieses unserer Gerechtigkeitspflege durchaus unentbehrlichen Standes darf man zuverlässig für einen bedeutenden Krebsschaden an dem Körper unserer Justiz ansehen, dessen Heilung vorzugsweise nottut.“ (Seite 31.)

Hatte also die Reformbewegung schon literarisch nicht den ungeteilten Beifall gefunden, so war auch bei den bestehenden politischen Verhältnissen mit dem Dualismus zwischen Regierung und Landständen und dem fehlenden gegenseitigen Vertrauen vorerst auf eine Neugestaltung des Prozeßverfahrens in freiheitlichem Sinne nicht zu rechnen. Die Anträge Duttlingers waren deshalb sofort von dem Regierungvertreter in der Kammer bekämpft worden.

Die politischen Verhältnisse sollten sich aber in der Folgezeit noch ungünstiger gestalten.

Mit wachsendem Unbehagen hatte nämlich Großherzog Ludwig, der von Haus aus kein Freund der von seinem Neffen, dem Großherzog Karl, gegebenen Verfassung war[31]), die Verhandlungen der zweiten Kammer, in der Hauptträger der Opposition seine eigenen Beamten waren, verfolgt. Verschärft wurde nun noch das gegensätzliche Verhältnis von Regierung und Volksvertretung, als der Landtag im Spätjahr 1822 wieder zusammen getreten war. Die allgemeine politische Lage in Europa hatte sich sehr zu Ungunsten der liberalen Anschauungen verschlechtert. Die Unruhen in den romanischen Ländern hatten die Fürstenkonferenzen von Laibach, Troppau und Verona zur Folge, die den einzeln Fürsten verschärfte Verhaltungsmaßregeln auferlegten[32]). Die Regierung, die jetzt auch wieder einen Rückhalt im deutschen Bunde hatte und sich nun stark genug fühlte, entfernte einige Beamte mit liberaler Gesinnung aus dem Ministerium und verweigerte einigen Be-

[31]) v. Weech „Badische Geschichte“ Seite 534.
[32]) v. Weech „Bad. Geschichte“ Seite 531 ff.
v. Treitsche „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh.“ Bd. 38 351 ff.
v. Rotteck „Geschichte des Bad. Landtags von 1831“ S. 6/7.

amten, die einflußreiche liberale Abgeordnete waren, den Urlaub in die Kammer[33]). Als nun noch die Liberalen, trotz Mahnungen aus den eigenen Reihen, am Militärbudget Abstriche machten, was der Großherzog, wenn er seinen Bundespflichten nachkommen wollte, sich nicht gefallen lassen konnte, kam es zum offenen Bruch, d. h. zum Schluß des Landtags, dem die Auflösung zwei Jahre später folgte. Die Neuwahlen, die unter den größtmöglichsten Wahlbeeinflussungen zu Stande gekommen waren, brachten einen Landtag, der nahezu ausschließlich aus der Regierung gefügigen Abgeordneten bestand[34]). Die damals sehr reaktionäre Bureaukratie hatte gesiegt, Aussichten auf Gesetze mit modernen, den staatsbürgerlichen Rechten Rechnung tragenden Institutionen waren vorerst geschwunden. Bereits am 15. Januar 1825 hatte das oberste Justizdepartement zu dem Bericht der Gesetzgebungskommission für das Jahr 1824 folgendes Gutachten erstattet:

„Das erste und dringendste Bedürfnis dürfte indessen eine Untergerichts- und Exekutionsordnung sein, mit der sich die Gesetzgebungskommission bis jetzt noch am wenigsten beschäftigt zu haben scheint[35]), womit sie aber auch zugleich eine neue Organisation der Gerichte selbst in Verbindung setzen will, indem sie unter anderm vorschlägt, nicht nur die Gerechtigkeitspflege in der I. Instanz von der Verwaltung zu trennen, sondern auch für die Instruktion der peinlichen Sachen besondere Behörden zu erschaffen. . . . . .

. . . . Wir glauben auch, daß jene längst ersehnten Ar-

---

[33]) Müller „Bad. Landtagsgeschichte" Bd. 2 S. 22 ff.
v. Treitschke „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh." Bd. 3 S. 50.

[34]) v. Weech „Badische Geschichte" S. 533—134. v. Treitschke, Deutsche Gesch. im 19. Jahrh." Bd. 3 S. 352 ff., v. Rotteck „Geschichte des Bad. Landtags von 1831" S. 7/8, 10 ff.

[35]) Nach v. Weech „Badische Biographien" Bd. II S. 435 soll gleich nach Einsetzung der Gesetzgebungskommission im Jahre 1819 ein Mitglied derselben, Freiherr v. Weiler, einen Entwurf einer Prozeßordnung ausgearbeitet haben. Es ist jedoch später von demselben nichts mehr bekannt geworden.

beiten auch nach den schon bestehenden Staatseinrichtungen wohl gefertigt werden könnten, und wenn ja noch an letztern eine vorgängige oder gleichzeitige Änderung für notwendig gehalten würde, auch hierüber vorerst nach einer allseitigen gründlichen Prüfung der desfallsigen Vorschläge die besondere höchste Entschließung zu erteilen sein möchte. Überhaupt scheint es uns, daß sich die Gesetzgebungskommission ohne offenbare Überschreitung des ihr erteilten beschränkten Auftrags zu keiner Organisationskommission umgestalten könne, sondern ihre etwaigen Vorschläge zu organischen Veränderungen, welcher Art sie auch sein mögen, in besondern motivierten Berichten dem Gr. Staatsministerium vorzutragen habe. . . . . Um inzwischen für den Fall, daß es der gnädigste Wille Ew. Königl. Hoheit sein sollte, die Stände von den bisherigen Leistungen und künftigen Erwartungen der Gesetzgebungskommission in Kenntnis zu setzen, alles Bedenkliche einer solchen Mitteilung zu entfernen, könnte man sich auch darauf beschränken, statt des ganzen von der Gesetzgebungskommission erstatteten Jahresberichts nur einen mit Übergehung aller darin enthaltenen Vorschläge zu organischen Veränderungen zweckmäßig gefaßten Auszugs desselben auf dem nächsten Landtag der einen wie der andern Kammer verlegen zu lassen."

Es war daher auch kein Wunder, daß der von einem Mitglied der Gesetzgebungskommission, dem Geh. Referendär Ziegler, bearbeitete und im Jahre 1826 veröffentlichte Teil des Entwurfs eines Gesetzbuches des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen, der nach dem Vorbild der Genfer Prozeßordnung von 1818 auf Öffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut war und das Institut der Kronanwaltschaft vorsah, wieder zurückgezogen werden mußte und nicht der Kritik unterzogen werden konnte[36]).

---

[36]) Die Motive zum Entwurf der Prozeßordnung sagen zwar auf Seite VI der Vorrede: „In den letzten Monaten des Jahres 1827 wurde von einem Mitglied der Kommission der Entwurf zu einer Zivilprozeß-

Im Jahre 1827 wurde die Gesetzgebungskommission wieder neu zusammengesetzt. Es gehörten ihr nun der Präsident des Justizministeriums Freiherr von Zyllnhard als Vorstand, Geh. Rat Nebenius[37]), Geh. Referendär Ziegler und Oberhofgerichtsrat Freiherr von Weiler als ordentliche Mitglieder, Professor Duttlinger und Geh. Hofrat Mittermaier als außerordentliche Mitglieder an. Es war nun wohl der Gesetzgebungskommission als erste und notwendigste Arbeit die Redaktion einer Gerichtsordnung (Prozeßordnung) vorgezeichnet worden. Aber auf ihre Anfrage nach Instruktionen über die Grundzüge des Verfahrens und die damit in Verbindung stehende Gerichtsverfassung erhielt sie durch allerhöchste Entschließung vom 4. Oktober 1827 folgende Antwort:

„Im allgemeinen will Seine Königl. Hoheit, daß die gegenwärtige bürgerliche Gerichtsverfassung ihrer Form und ihrem Wesen nach beibehalten werde, wodurch sich mehrere der auf den Fall einer Veränderung aufgestellten Fragen von selbst

---

ordnung gefertigt, mit welcher zugleich eine Gerichtsverfassung nach dem Muster der bestehenden mit Einzelrichtern und 2 kollegialisch besetzten höheren Instanzen verbunden war." Diese Zeitangabe dürfte jedoch nicht richtig sein, da der Verfasser den Entwurf am 5. Juli 1826 gezeichnet hatte.

[37]) Nebenius war schon der im Jahre 1819 eingesetzten Gesetzgebungskommission beigeordnet gewesen. Seine Zuziehung war jedoch nur für Arbeiten, welche in das Handels- und Wechselrecht und in den Staatshaushalt einschlugen, verfügt worden. In einer privaten Aufzeichnung, die sich in dem beim Gr. Bad. Generallandesarchiv aufbewahrten Teil des Nachlasses von Nebenius befindet, hat derselbe dem Wort Staatshaushalt folgende Auslegung zu Grunde gelegt: Mir erscheint dieser Ausdruck nicht im engern mit dem Finanzhaushalt gleichbedeutenden Sinn genommen, sondern darunter der nationale Haushalt verstanden werden. Finanzielle Staatsinteressen können bei der bürgerlichen Gesetzgebung — die Vorzugsrechte des Fiskus ausgenommen — gar nicht in Betracht kommen. Wohl aber treten häufig nationalökonomische Rücksichten in einzeln Zweigen der bürgerlichen Rechtspflege in Vordergrund. Sie begründen aber nur Ratifikationen der Rechtsprinzipien, und vorherrschend sind sie nur im Handels- und Wechselrecht.

[38]) Zum Schluß bei Fertigstellung des Entwurfs gehörte derselben noch Oberhofgerichtsrat Stösser an.

beantworten. Hinsichtlich der Form des Verfahrens sind Seine Kgl. Hoheit jedoch geneigt, den mündlichen Vertrag vor dem Richter entweder nur in den beiden ersten oder in allen Instanzen als Grundsatz zuzugeben, insofern solches auf eine Weise geschehen kann, daß die bestehenden Einrichtungen nicht wesentlich verändert, und daß dadurch der Prozeßgang, der Gründlichkeit unbeschadet, abgekürzt wird[39]."

Diese schlimmste Zeit der Reaktion in Baden, die sowohl eine Verfassungsänderung mit einer Verminderung der Volksrechte gebracht hatte, als auch sonst auf das Zurückschrauben der staatsbürgerlichen Freiheiten bedacht war, sollte jedoch schon bald ihr Ende finden. Der Thronbesteigung von Großherzog Leopold am 30. März 1830 folgte auch ein Systemwechsel[40]), besonders da sich die herrschenden Verhältnisse angesichts der politischen Verhältnisse in Europa und vornehmlich der Julirevolution in Frankreich mit dem Sieg des liberalen Bürgertums über die Vertreter der alten Ideen als unhaltbar erwiesen. Die reaktionären Minister schieden nach und nach aus[42]), und bei den Wahlen, bei denen sich diesmal die Regierung in strengster Zurückgezogenheit verhielt, nachdem sie vorher Wahlfreiheit proklamiert hatte[43]), kam die durchaus liberale Gesinnung der Badener elementar zum Durchbruch. Es wurden nahezu ausschließlich liberale Abgeordnete gewählt, wobei die vom vorigen Landtag durchgeführte Verfassungsänderung mit Integralerneuerung dieses Mal sehr zu statten kam. Begünstigt durch die allgemeine politische Konstellation und durch den Umstand, daß der Landtag von 1830 eine Menge fähiger Köpfe zählte,

[39]) Motive zum Entwurf der Prozeßordnung von 1831 Vorrede Seite V.

[40]) v. Treitschke: „Deutsche Geschichte im 19. Jahrh. Bd. 4 S. 224 ff. Mittermaier über den gegenwärtigen Zustand der Zivilprozeßgesetzgebung in Deutschland, Arch. f. civ. Praxis Bd. 37 S. 133 ff. v. Rotteck „Geschichte des Badischen Landtags von 1831 S. 21. v. Weech „Badische Geschichte" S. 541.

[41]) v. Weech: „Badische Geschichte" S. 546.

[42]) Müller „Badische Landtagsgeschichte" Bd. 3 S. 47.

[43]) v. Rotteck: „Geschichte des Bad. Landtags von 1831" S. 17 ff.

sollte nun der parlamentarische Liberalismus in Baden einen Höhepunkt erreichen[44]). Jetzt war die Zeit reif, eine Prozeßordnung mit Garantien staatsbürgerlicher Freiheit zu schaffen. Jetzt konnte, wenigstens im Prinzip, eine Entscheidung in dem bereits seit 3 Jahrhunderten dauernden Dualismus eines durch Anwälte beschränkten Gerichts einerseits und einer nur in den Gerichten verkörperten, alle prozessuale Funktionen in einer Hand konzentrierenden Justiz andererseits zu Gunsten des ersteren gefällt werden, wodurch sich dieser Landtag einen Gedenkstein in der deutschen Prozeßgeschichte setzen sollte.

Bereits im Juli 1829 hatte die Gesetzgebungskommission die Sitzungen wieder aufgenommen. Sie tagte bis November 1830[45]). Allerdings konnte sie in Rücksichtnahme auf die Professoren nur die Universitätsferien zu ihren Sitzungen verwenden. Ihre Arbeit war nicht leicht; denn sie hatte nicht bloß zu reformieren, sondern an Stelle des überall zerstreut aufgezeichneten Prozeßrechts ein einheitliches neues[46]) mit vollkommen neuen staatsrechtlichen Gedanken zum großen Teile auf dem Wege der Reflexion zu setzen. Dabei mußte der Fundamentalsatz beachtet werden, daß der Gesetzgeber nicht allein Recht zu schaffen hat, sondern daß er auch auf den Volkscharakter, das Rechtsbewußtsein des Volkes und auf die bisherige Rechtsübung, mit der sich vielfach geistige Bestrebungen verbinden, Rücksicht zu nehmen hat.

Hatte der Ziegler'sche Entwurf auch manche Vorarbeit geleistet, so konnte er doch nicht als Grundlage benutzt werden, da über die Ausgestaltung der einzelnen Institute teilweise andere

---

[44]) v. Treitschke: „Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert" Bd. 4 S. 224 227 ff.

[45]) Während der Beratung hatte man zur Beschleunigung der Arbeit unterlassen, die Gründe der Beschlüsse in den Sitzungsprotokollen niederzulegen. Ein Mitglied der Kommission Frh. v. Weiler hat nachträglich im Auftrag der Kommission Motive zur Prozeßordnung, die aber nicht Gegenstand gemeinschaftlicher Beratung waren, als Privatarbeit herausgegeben. Bericht der Gesetzgebungskommission im Archiv f. Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 2 S. 61.

[46]) Man wollte ein ausschließlich geltendes Gesetzbuch schaffen.

Ansichten herrschten, und er auch in vielen Punkten nur die allgemeinen Umrisse enthielt. Doch bot er immerhin sehr schätzbares Material und die Gesetzgebungskommission hat auch vieles von ihm in den Entwurf von 1830 aufgenommen. Weiter stand die reiche prozeßrechtliche Literatur, die zum größten Teil für eine mäßige Übernahme französischer Ideen eintrat, zur Verfügung, und endlich konnten die Entwürfe anderer Regierungen, die im selben Sinne, wie die badische liberale Reformpartei es beabsichtigte, an die Reform gegangen waren[47]), als Material benutzt werden. Es waren dies vor allem die bayrischen Entwürfe, die in den Jahren 1825—1831 unter dem epochemachenden Einfluß von Feuerbachs „Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege" entstanden waren[48]).

Die Gesetzgebungskommission schied nun vor allen Dingen die Gerichtsverfassung aus der Prozeßordnung aus, da man in letzterer nur das Prozeßverfahren behandeln wollte. Sie einigte sich dann auch dahin, „den einzelnen Mitgliedern die Bearbeitung der einzelnen Titel in den Zeiten zwischen den

[47]) Bericht der Gesetzgebungskommission, Arch. f. Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 2 S. 61.

[48]) Es sind dies der Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1825, dem der von Herrn v. Gönner im Jahre 1815 für alle deutschen Staaten bearbeitete Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen das äußere Vorbild gegeben hatte; der revidierte Entwurf von 1827 und der Entwurf der Zivilprozeßordnung von 1831.

Diese Entwürfe sind demselben Streben wie die badische Prozeßordnung entsprungen, sich einerseits von dem gemeinrechtlichen Verfahren los zu machen, und andererseits das Zivilprozeßverfahren mit den Grundsätzen der konstitutionellen Verfassung in Einklang zu bringen und größere Bürgschaften für die Sicherheit der Rechtsermittelung zu schaffen. (Bericht des Abgeordneten Rudhart in der bair. Kammer der Abgeordneten S. 3.) Der Entwurf von 1831 ist — wie seine beiden Vorgänger — Entwurf geblieben. Denn die dagegen erhobenen Stimmen veranlaßten die Regierung, eine Revision des in den Kammern selbst nicht zur Beratung gekommenen Entwurfs vornehmen zu lassen. Das spätere Gesetz von 1837, das nur eine Novelle war, ließ erkennen, daß die Stimmung für Schaffung einer individuellen Rechtssphäre im Prozeß etwas abgeflaut war.

Sitzungen zu überlassen, den Sitzungen selbst aber die Besprechung der bearbeiteten und der Grundzüge der nächstdem zu bearbeitenden Titel zu überlassen."[49])

Nach dem im Jahre 1830 eingetretenen Systemwechsel nahm die Kommission als Hauptprinzipien die Öffentlichkeit des Verfahrens, Aufstellung von Staatsanwälten und Errichtung von Tribunalen in erster Instanz in den großen Städten des Landes (auch für deren nächste Umgebung) an und stellte diesbezügliche Anträge an das Staatsministerium[50]). Eine den Anträgen zustimmende Entscheidung des Ministeriums erfolgte nie. Mündliche Zusicherungen der Minister aber ließen zunächst hoffen, daß die Regierung zur Anerkennung der den Forderungen der Zeit entsprechenden Gerichtsverfassung und Grundlage der Prozeßordnung sich entschließen werde[51]). Bei der Beratung des Verfahrens vor den Kollegialgerichten standen sich aber in der Kommission mehrere Ansichten gegenüber. Mehrere Mitglieder verlangten, daß man das durch die Genfer Prozeßordnung eingeführte Verfahren zum Vorbild nehme, während andere geltend machten, daß die Entscheidungen auf Grund mündlicher Vorträge allein ungründlich werden würde, und daß ein schriftliches Vorverfahren notwendig werde. Da man aber die französische Verhandlung zwischen den Anwälten nicht wollte, so bestimmte man, daß die Schriften im Vorverfahren bei dem Gericht einzureichen wären, welches sie zu prüfen hätte und zur Erlangung der Gründlichkeit ein Gerichtsmitglied als Respizienten aufzustellen hätte. Diese letztere Ansicht gewann die Mehrheit der Stimmen, da man mit Grund annahm, daß die Regierung dem ersten Vorschlag nicht zu-

[49]) Motive zum Entwurf der Prozeßordnung Vorrede S. VI ff.

[50]) Verhandlungen der bad. Landstände 1831 II Kammer Heft 32 S. 146 ff. Bericht der Gesetzgebungskommission im Archiv f. Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 2 S. 59.

Mittermaier „Über den gegenwärtigen Stand der Zivilprozeßgesetzgebung in Deutschland" im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 37 S. 133 ff.

[51]) Mittermaier „Die Leistungen der Gesetzgebung des Zivilprozesses" im Archiv f. zivilistische Praxis Bd. 45 S. 406 ff.

stimmen würde[52]). Der einheitlichen Sprache und Fassung willen wählte schließlich die Gesetzgebungskommission ein Mitglied, das die ganze Prozeßordnung zu revidieren hatte und die von den einzelnen Mitgliedern entworfenen Titel miteinander in Einklang zu bringen hatte[53]).

Die Haupteinteilung des Entwurfs ist nun folgende: Das für die Einzelrichter und Kollegialgerichte gemeinsame ist zusammen in einem Abschnitte behandelt, während das den Einzelrichtern und den Kollegialgerichten besondere je in eigenen Abschnitten behandelt wird, wobei das Verfahren vor den Einzelrichtern als das Normalverfahren ausgestaltet ist und der Abschnitt „vom Verfahren erster Instanz bei Kollegialgerichten" ziemlich die Rolle eines Anhanges spielt[54]).

Den Grund hierfür gibt Mittermaier[55]) an, indem er sagt: In der Gesetzgebungskommission von 1827 und 1830 war unter den Mitgliedern, welche das Prinzip der Mündlichkeit und das Verfahren vor Kollegialgerichten als Regel forderten, nur eine Stimme, daß die Prozeßordnung zuerst von den allgemeinen Lehren handeln, dann das Verfahren vor Kollegialgerichten und dann erst Regeln für das vor Einzelrichtern aufstellen sollte, und der Grund, warum die jetzige Ordnung vorgenommen wurde, lag darin, daß die Kommission von oben gedrängt wurde,

---

[52]) Mittermaier „Die Leistungen der Gesetzgebung des Zivilprozesses" im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 45 S. 406 ff.

[53]) Motive zum Entwurf der Prozeßordnung Vorrede Seite VII.

[54]) Der Ziegler'sche Entwurf hatte das Kollegialgerichtsverfahren als das Normalverfahren ausgestaltet und in einem kleinen besonderen Abschnitt die für das Verfahren vor den Einzelrichtern geltenden Bestimmungen zusammengestellt. Da die Vorrede Seite IV besagt, daß die Fortsetzung der Arbeit insbesondere die Redaktion einer Gerichtsverfassung von dem Urteile abhängig gemacht werden würde, das über den veröffentlichten Teil des Entwurfs gefällt werde, so scheint die oben genannte Äußerung der Motive Vorrede S. VI, es wäre mit dem Entwurf zugleich eine Gerichtsverfassung nach dem Muster der bestehenden mit Einzelrichtern und 2 kollegialisch besetzten Instanzen verbunden gewesen, nicht ganz richtig zu sein.

[55]) „Die Leistungen der Gesetzgebung des Zivilprozesses" im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 45 S. 406 ff.

ihre Arbeiten zu beschleunigen, und daß man sich von Seiten des Ministeriums aus nicht erklären wollte, ob Kollegialgerichte eingeführt werden sollten, so daß die Kommission genötigt war, ihre Arbeiten vorerst auf den bestehenden Zustand zu berechnen."[56]) Nach der redaktionellen Fertigstellung eines Teils des Entwurfs wurde derselbe durch Staatsministerialerlaß vom 29. September 1830 samt den Motiven, die aber ausdrücklich als Privatarbeit bezeichnet wurden, dem Oberhofgericht mit der Weisung zugesandt, zur Prüfung des Entwurfs eine Kommission, welcher der Oberhofgerichtsrat v. Weiler (Mitglied der Gesetzgebungskommission angehören sollte, mit dem Auftrag zu ernennen, das Resultat ihrer Prüfung an die Gesetzgebungskommission zu senden. Zwei sogenannte ambulierende Mitglieder[57]) dieses Gerichtshofs d. h. solche, die aushilfsweise verwendet wurden, sahen nun den Entwurf, dessen weitere Teile sofort nachgefolgt waren, in ungefähr 2—3 Wochen[58]) in Gemeinschaft mit dem Oberhofgerichtsrat v. Weiler durch und gaben ihn mit einigen Verbesserungsvorschlägen, die jedoch als zu bureaukratisch[59]) später von der Kammer nicht angenommen wurden, zurück. Am 15. Oktober 1830 legte ihn nun die Gesetzgebungskommission mit einem Bericht an S. Kgl. Hoheit, den Großherzog vor. Gleichzeitig übergab das Justizministerium denselben der Publizität, d. h. es sandte den Gerichten, Universitätsämtern und jedem Abgeordneten ein Exemplar zu. Mit Staatsministerialerlaß vom 21. März 1831 wurden Staatsrat Nebenius, Staatsrat v. Weiler und der Geh. Referendär Ziegler beauftragt, der Kammer den Entwurf der Prozeßordnung vor-

[56]) Dies scheint das Zutreffende zu sein, trotz der gegenteiligen und etwas gewundenen Erklärung von Nebenius in der II. Kammer, Verh. der Bad. Landstände 1831 II. Kammer 28 Heft S. 3 ff.

[57]) Der Gerichtshof erklärte, den Entwurf nicht mehr kollegialisch bis zum nächsten Landtag beraten zu können. Föhrenbach in der II. Kammer. Verh. der Bad. Landstände von 1831 II. Kammer Heft 32 S. 154.

[58]) Verh. der Bad. Landstände 1831 II. Kammer Heft 17 S. 75.

[59]) Verh. der Bad. Landstände 1831 II. Kammer Heft 32 S. 153 bis 156.

zulegen und bei den Diskussionen zu verteidigen. Am gleichen Tage noch legte ihn Nebenius der Kammer vor. Er machte gleichzeitig Vorschläge über die Art der Beratung, da die Kammer ein derartig umfangreiches Gesetz (1270 Paragraphen) noch nie zu behandeln gehabt hatte und der geschäftsordnungsmäßige Weg zu zu großer Verzögerung geführt hätte. Es wurde auch in der Kammer, nachdem man die Angelegenheit einer Kommission überwiesen hatte, eine andere Art der Beratung beschlossen, und zwar folgende: die von 6 auf 12 Mitglieder, unter denen sich auch v. Rotteck befand, verstärkte Kommission sollte gemeinschaftlich mit den Regierungskommissären die allgemeinen Fundamentalsätze beraten, insbesondere sollte sie sich aber mit den der Reform am dringendsten bedürftigen Gant- und Exekutionsordnungen beschäftigen. Ferner sollte die Kommission über die Fundamentalbestimmungen abgesonderte Berichte erstatten.

Endlich wurde am 20. Juni 1831 von Nebenius der Kammer der Entwurf über die Grundbestimmungen der künftigen Gerichtsverfassung und über die Art ihrer Durchführung übergeben. Derselbe sah die Trennung der Justiz von der Verwaltung in der untersten Instanz unter gleichzeitiger Errichtung von 14 Bezirkskollegialgerichten für Streitsachen erster Instanz mit Ausnahme der Bagatellsachen vor. Da jedoch eine vollständige Gerichtsverfassung erst mit der in Aussicht gestellten Reform des Strafprozesses als Gesetzentwurf vorgelegt werden sollte, so bestimmte der § 8 des Entwurfs.

„Mit dem Entwurf einer auf Grundlage des öffentlichen und mündlichen Verfahrens gebauten Strafprozeßordnung wird den Ständen eine vollständige Gerichtsverfassung als Gesetzentwurf vorgelegt, mittlerweile aber der Regierung überlassen, die bei der Einführung der neuen Zivilprozeßordnung erforderlichen organischen Einrichtungen im Wege der Verordnung zu treffen.“[60])

[60]) Mittermaier hatte in seinem Gutachten zu diesem Entwurf den Wunsch ausgesprochen, die Regierung möchte versichern, daß, wie die Kammer es wünsche, der Gesetzentwurf selbst noch auf diesem Landtag vorgelegt werden solle.

Der Entwurf wurde hierauf auch der Kommission zur Beratung und zum Bericht überwiesen. Die Anträge der Kommission über die allgemeinen Prinzipien der Prozeßordnung wurden in der Kammer nach lebhafter Diskussion angenommen, die ein besonderes Interesse deswegen hat, daß nicht nur Juristen, sondern Staatsbürger aus allen Klassen der Gesellschaft daran teilnahmen, so daß auch die Ansichten der Rechtsuchenden geeignet zur Sprache gebracht und abgewogen wurden. Die Zivilprozeßreform war eine Frage des allgemeinen Interesses geworden, da man eben erkannt hatte, daß es sich hier nicht um rein juristische Fragen handelt, sondern daß es gilt, dem Bürger eine angemessene rechtliche Stellung gegen den Staat zu schaffen.

Nach der Annahme der einzeln Kommissionsberichte wurden dieselben, ohne daß auf die nächsten Berichte gewartet wurde, der ersten Kammer zur Beratung und Beschlußfassung überwiesen. Man hatte nämlich die Einführung der neuen Prozeßordnung an Stelle der mit vielen Mängeln behafteten und den neuzeitlichen Ideen nicht entsprechenden alten Verfahrenbestimmungen sehr eilig. Nachdem über die Gantordnung und die Exekutionsordnung seitens der Kommission Bericht erstattet worden war, wurde beschlossen, — da es sich um Bestimmungen handle, die tiefer in die Privatverhältnisse eingreifen und da man glaubte, daß besonders hier die Nichtjuristen ein kompetentes Urteil hätten, — daß sämtliche Paragraphen derselben verlesen werden sollten. Auf besonderes Verlangen sollte bei den einzeln Artikeln die Debatte eröffnet werden. Auch sie wurden, mit einigen Änderungen allerdings[61]), nach lebhafter Debatte angenommen.

Besonders stark wurde bei den landesherrlichen Moratorien diskutiert, die dann auch, als nicht in ein formstrenges, sicher vorausberechenbares Zivilprozeßrecht gehörend, weggelassen wurden. Die übrigen Artikel erzeugten keine besonders

[61]) 5 Paragraphen der Gant- und Exekutionsordnung wurden gestrichen, und nur wenige sind verändert worden.

nennenswerte Debatte; aber auch sie ließen erkennen, daß man die individuelle Rechtssphäre möglichst weit gezogen wissen wollte.

Es wurde zum Schluß noch über die Einführung der Prozeßordnung diskutiert und beschlossen — allerdings nicht ohne vorherigen starken Widerspruch —, daß die Prozeßordnung am 1. Mai 1832 in Kraft treten sollte, aber daß sie auf dem nächsten Landtag als Ersatz für die stattgefundene summarische Beratung einer Revision zu unterwerfen sei. Die Art der Annahme war ja allerdings ein Kompromiß auf das bloße Urteil der Mehrheit der Kommission über die Güte der Prozeßordnung. Man ging aber bei der Annahme hauptsächlich von dem Gesichtspunkt aus, daß man ja die allgemeinen Grundzüge beraten habe. Über das übrige, die technische Ausführung, habe das Urteil der Kammer nur theoretischen Wert, da hier nur die praktische Erfahrung den Ausschlag geben könne. Zur Zeit des nächsten Landtags sei aber die Praxis besser im Stande, die geeigneten Verbesserungsvorschläge zu machen, als es jetzt die Kammer vermöchte.

Hinsichtlich der technischen Ausführung wurde noch geltend gemacht, daß, obwohl der Entwurf schon über ein Jahr der Öffentlichkeit übergeben worden sei, keine ungünstigen Urteile bekannt geworden wären. Man habe überall nur Zustimmung und Lob gefunden. So hebe das Gutachten des Kgl. Württemb. Obertribunals hervor, daß der Entwurf in Hinsicht auf Einteilung der Materien, Anordnung des Ganzen und Darlegung des Einzeln durch logische Schärfe und Bündigkeit des Ausdrucks sich auszeichne. Auch wurde der Standpunkt vertreten, daß die Autorität der in der Gesetzgebungskommission befindlich gewesenen Männer, der Kommissionsmitglieder der Kammer, die ebenfalls die Annahme empfählen, sehr für die Güte des Entwurfs sprächen. Weitblickende Abgeordnete sahen auch schon drohende Wolken am politischen Horizont aufsteigen und rechneten mit der Möglichkeit, daß die jetzige hochliberale Ära nicht von langem Bestand sein könne, und rieten aus diesen Gründen zur Annahme. Man

müsse jetzt eine Prozeßordnung, die freisinnige Ideen enthalte, annehmen, da man nicht wisse, ob eine künftige Regierung zu gleichen Konzessionen bereit sei. Vor allen Dingen aber sei eine einheitliche Prozeßordnung mit sichern Bestimmungen, wenn dieselben auch nicht im einzeln durchberaten seien, besser als das jetzige Chaos, wo Niemand wisse, was gelte, und jedes Amt die Bestimmungen, die es anwende, nach seinem Gutdünken auslege. Nur wenn die Prozeßordnung angenommen würde, könne die zum Wesen einer guten Rechtspflege gehörige Regelmäßigkeit des Verfahrens eintreten[62]).

Der Entwurf einer künftigen Gerichtsverfassung konnte nicht mehr zur Beratung gelangen. Vielmehr wurde der Antrag angenommen, daß Kollegialgerichte für Streitigkeiten in erster Instanz vorerst nicht eingeführt werden sollten.

Die erste Kammer trat den Beschlüssen der zweiten Kammer bei, und nachdem der Entwurf am 31. Dezember 1831 die landesherrliche Bestätigung erhalten hatte, wurde in der Nummer des Regierungsblattes vom 20. Januar 1832 verkündet, daß die Prozeßordnung am 1. Mai 1832 in Kraft treten solle[63]).

II. Hauptprinzipien der Prozeßordnung.

a. Trennung der Justiz von der Verwaltung; Kollegialität.

Der Bericht der Gesetzgebungskommission stellte als Hauptgesichtspunkte, nach denen die Zweckmäßigkeit der Formen der Rechtspflege zu beurteilen seien, auf:

[62]) Verh. der Bad. Landstände von 1831 II. K. Heft 32 S. 91 ff.

[63]) Die Kürze der Zeit, in welcher der Druck der Prozeßordnung bewerkstelligt werden mußte, hatte es nicht erlaubt, diese im Regierungsblatt zu verkünden, da technische Verhältnisse der betr. Druckerei dies nicht erlaubt hätten. Man hatte daher den Druck besonderer Exemplare mittelst Versteigerung vergeben, und dieselben den in Betracht kommenden Dienststellen zugesandt.

1. Sicherheit für Ermittlung der Wahrheit und des Rechts, und in zweiter Linie, Erreichung dieses Zwecks mit möglichst geringem Zeit- und Kostenaufwand,
2. Vermeidung alles dessen, was das Vertrauen der streitenden Teile zu einer unparteiischen Rechtsverwaltung zu stören geeignet erscheint[64]).

Die Bürgschaft für die Ermittelung des materiellen Rechts suchte die Kommission durch Bestimmungen zu geben, die sie für eine genaue und erschöpfende Verhandlung für bedingt erachtete.

Als unerläßliche Grundbedingung einer raschen, gründlichen und den Vorschriften der Prozeßordnung entsprechenden Rechtspflege erachtete sie die Trennung der Rechtspflege von der politischen Verwaltung.

Als nächste Forderung in diesem Sinne stellte sie das Kollegialprinzip mit Anwaltzwang für die Gerichte erster Instanz auf. Mit derselben scharfen Begründung sprach sich über die Notwendigkeit der Kollegialgerichte in allen Instanzen die Majorität der Kammerkommission in dem Kommissionsberichte über die Grundbestimmungen der Prozeßordnung, erstattet von dem Abgeordneten, Hofgerichtsadvokaten Rindeschwender, in der Sitzung vom 29. November 1831 aus[65]). Die Gerichte hatten eben jetzt nicht mehr den besonders in den ersten Tagen des Konstitutionalismus zutage getretenen autoritätsbegründenden Nimbus.

Dabei ließ sich der Kammer-Kommissionsbericht gar nicht mehr über die Trennung der Justiz von der Verwaltung, als die conditio sine qua non, aus.

Auch die Kammerkommission stellte als ersten und wichtigsten Antrag:

1. Für die Entscheidung der bürgerlichen Rechtsstreitig-

[64]) Bericht der Gesetzgebungskommission im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 2 S. 62.

[65]) Verhandlungen der Bad. Landstände 1831 II. Kammer 9. Beilagenheft S. 19 ff.

keiten in erster Instanz sollen Kollegialgerichte errichtet werden,

2. nur bestimmte Gattungen von Rechtsstreitigkeiten und nebstdem Gegenstände von geringerm Belange sollen durch Einzelrichter in erster Instanz entschieden werden [66]).

Hatte man auch in der Prozeßordnung selbst die Gerichtsverfassungsfrage nicht geregelt, so hatte man doch deren Lösung als die Fundamentalfrage erkannt, da die hauptsächlichsten bewegenden Prozeßprobleme mit ihr im Zusammenhang stehen. Es hat daher sowohl der Bericht der Gesetzgebungskommission als der Kommissionsbericht des Abgeordneten Rindeschwender die prinzipiellen Gerichtsverfassungsfragen an den Kopf der Erörterungen über die Grundbestimmungen der Prozeßordnung gestellt, während ja, wie schon erwähnt, der offi-

---

66) Auch nach den 3 bayrischen Entwürfen, die im Gegensatz zu dem badischen Entwurf und der nachherigen Prozeßordnung die Gerichtsverfassung mitgeregelt hatten, sollten Kollegialgerichte in erster Instanz mit Trennung der Justiz von der Verwaltung die Regel bilden. Anwaltzwang sollte nach den Entwürfen von 1825 und 1831 allerdings nur für das schriftliche Vorverfahren bestehen. Die Streitsumme für Sachen, die als Bagatellsachen — neben einigen andern bestimmt bezeichneten verhältnismäßig einfachen Sachen — vor die Einzelrichter gehörten, war sogar noch etwas niedriger gegriffen als in Baden (in Baiern 100 fl, in Baden 150 fl).

Nach dem bair. Entwurf von 1825 bestanden Kollegialgerichte in erster Instanz allerdings nur scheinbar, da die Ausnahmen der vor Einzelrichter gewiesenen Gegenstände zu groß waren. Auch nach dem revidierten Entwurf von 1827 gab es noch sehr zahlreiche Ausnahmen.

Die Entwürfe von 1827 und 1831 sahen nach französischem Muster im Interesse der Unabhängigkeit der Rechtspflege, der Reinhaltung des Richteramtes, der Regelmäßigkeit der Rechtsanwendung und der Bewahrung des öffentlichen Interesses noch das Institut der Staatsanwaltschaft vor, die zugleich als Aufsichtsbehörde über die Gerichte fungieren sollte (Bericht des Gesetzgebungsausschusses über den revidierten Entwurf in der Kammer der Abgeordneten S. 358 ff).

Auch der Bad. Ziegler'sche Entwurf hatte in ähnlichem Sinne das Institut der Kronanwaltschaft vorgesehen, während der Entwurf von 1830 und nachher die Prozeßordnung dasselbe nicht aufgenommen haben.

zielle Regierungsentwurf über eine künftige Gerichtsverfassung in der Kammer nicht mehr zur Beratung kam. Welche Wichtigkeit man der Gerichtsverfassungsfrage beimaß, ist auch noch daraus zu ersehen, daß die Majorität der Kammerkommission den Wunsch aussprach, die Minorität möchte durch getrennte Berichterstattung hierüber die Gründe ihrer Ansicht in einem gesonderten Berichte aussprechen.

Ganz zutreffend hebt zunächst der Berichterstatter der Majorität die Ansicht Mittermaiers hervor. Diese rüge den Irrtum derer, die die Prozeßordnung aus ihrem natürlichen Zusammenhang mit ihrer Grundlage, der Gerichtsverfassung, reißen und sich in dem Glauben gefallen, daß es nur einer Anordnung von Bedingungen und Formen für jede einzelne prozessuale Handlung bedürfe[67]).

Als Begründung ihres Vorschlages führte aber die Majorität der Kommission an, daß bei kollegialischen Behörden die Unabhängigkeit des Richters mehr garantiert sei, Irrtum und Übereilung weniger zu erwarten seien, die Sachen vielmehr vielseitiger und reiflicher erwogen werden, die Einseitigkeit des Einzeln und richterliche Willkür abgeschwächt werde, mit anderen Worten, daß der einzel-richterliche Subjektivismus in einen kollegialen Objektivismus verwandelt werde. Da aber die erste Instanz dem Volk am nächsten stehe und daher auch die wichtigste sei, dürfe sie keine Versuchsinstanz sein (welch letztere Meinung weit verbreitet war)[68]), die erste Instanz müsse vielmehr vollkommen sein, und es seien daher die Kollegialgerichte schon in erster Instanz einzuführen. Man hatte dabei nicht übersehen, daß die kollegialische Einrichtung zur Verlängerung der Prozesse und Vermehrung der Kosten beitrage.

---

[67]) Verhandlungen der Bad. Landstände 1831 II. Kammer 9. Beil. Heft S. 25—26.

[68]) Siehe v. Gönner: in den Motiven über den Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren S. 106, wo er die Ansicht verteidigt, daß die Hauptbestimmung der Untergerichte nur Instruktion des Prozesses und ihr Urteil mehr nur ein Versuch sei.

Aber man wollte diesen Nachteil gerne gegen Garantien der Ermittelung des materiellen Rechts in Kauf nehmen.

Für die Bagatellsachen sollten jedoch Einzelrichter bestehen bleiben, bei denen die Nachteile der großen Gerichtssprengel, wo die Parteien teilweise weite Reisen zu machen hatten, in keinem Verhältnis zu dem Wert der Sache stünde.

Die Gründe der Minorität der Kommission, die jedoch auch die Trennung der Justiz von der Verwaltung voraussetzte, gipfelten hauptsächlich, neben ihrer stark anwalt-feindlichen Tendenz, in den Hauptforderungen unseres heutigen sozialen Prozeßrechts, der Billigkeit und Schleunigkeit der Rechtspflege und der Bequemlichkeit der Parteien.

Auf demselben Höhepunkt wie der Bericht der Majorität der Kommission stand die Diskussion über diese Grundbestimmungen in der Kammer in der 123. Sitzung am 23. Oktober 1831[69]).

Gerade sie stellte den tieferliegenden Grundgedanken der ganzen Reform, die Abwendung von einer in dem Einzelrichter, der alle Funktionen in sich vereinigt, verkörperten Justiz zu einem durch Anwälte beschränkten Gericht, ganz klar. Mit der ihm eigenen Schärfe wurde dies von dem Mitredaktor der Prozeßordnung, dem Geh. Hofrat Duttlinger, ausgesprochen mit den Worten: „Ich sage hier nicht zu viel, wenn ich behaupte, daß unsere Untergerichte in der Regel keine Gerichte sind und unsere Prozesse in der Regel nicht bei den Untergerichten, sondern bei den Obergerichten anfangen. Man wird meiner Behauptung Beifall geben, wenn man sich daran erinnert, daß das unnatürliche Verbot des Gebrauchs der (Anwälte) Sachwalter sowie das unnatürliche Verbot des schriftlichen Verfahrens bei unsern Untergerichten besteht.“ [70]).

Es wurde aber auch geltend gemacht, daß die Kollegialgerichte Träger höherer Autorität wären und mehr die Ge-

[69]) Verh. der Bad. Landstände 1831 II. Kammer Heft 28 S. 3 ff.

[70]) Verh. der Bad. Landstände v. 1831 II. Kammer Heft 28 S. 56—57.

setzmäßigkeit und Gleichförmigkeit des Verfahrens sichern, was abgesehen von allen anderen Gründen, schon wegen des nicht so häufigen Wechsels der Richter gewährleistet werde. Ebenso war man sich bewußt, daß nur bei Kollegialgerichten von einer eigentlichen Durchführung der so heiß ersehnten Öffentlichkeit und Mündlichkeit (im modernen Sinn) die Rede sein konnte.

Aber auch die kollegialgericht- und anwaltfeindliche Gegenpartei wiederholte noch einmal die bereits von der Minorität der Kammerkommission vorgebrachten Gründe. Besonders wies sie darauf hin, daß der Einzelrichter, sich seiner alleinigen Verantwortlichkeit bewußt, eine sicherere Bürgschaft für die Ermittelung des materiellen Rechts biete als die Kollegialgerichte, da das Verantwortlichkeitsbewußtsein um so mehr abnehme, auf je mehr Schultern es sich verteile.

Der Antrag der Minorität wurde aber mit allen gegen 11 Stimmen verworfen, dagegen beide Anträge der Majorität der Kommission angenommen[71]).

Schien nun auch die endgültige Entscheidung getroffen worden zu sein, so sollte doch noch bis zur Verwirklichung ein weiter Weg sein. Angeblich wegen Zeitmangels, in Wirklichkeit aber weil die Regierung zu der demnächstigen Einführung wegen Geldmangels nicht imstande war, wurde der vorgelegte Entwurf der Gerichtsverfassung nicht mehr zur Beratung gebracht. Da man glaubte, bei der auf dem nächsten Landtage geplanten Revision der Prozeßordnung imstande zu sein, auch die Gerichtsverfassungsfrage im obigen Sinne regeln zu können, so wurde in der Sitzung vom 28. November 1831 folgender Antrag der Kommission angenommen:

„Seine Kgl. Hoheit der Großherzog in einer untertänigsten Adresse zu bitten, die der treu gehorsamsten II. Kammer vorgelegte neue Prozeßordnung und ihre Zusatzartikel mit Ausdehnung der in den Artikeln 1102, 1103, 1104 c ausgesprochenen Öffentlichkeit der Verhandlungen auf alle Instanzen, jedoch

---

[71]) Verh. d. Bad. Landstände von 1831, II. Kammer, Heft 28, S. 62.

unter einstweiliger Suspension der Einführung der Kollegialgerichte in erster Instanz, bei den diesseitigen Landesgerichten einzuführen und auf geeignetem Wege in Vollzug setzen zu lassen.“[72])

Aber auch der nächste Landtag sollte leider nicht dazu berufen sein, die epochemachenden Beschlüsse der Verwirklichung näher zu bringen. Denn im Laufe der 30er Jahre verloren mit dem Niedergang der hochliberalen Bewegung auch die Freunde der Kollegialgerichte an Macht und Bedeutung, so daß vorerst nicht an eine Einführung derselben gedacht werden konnte. Erst in den 40er Jahren vermochten sie sich wieder durchzuringen, und in einem Gesetz vom Jahr 1845 wurde die vollständige Trennung der Justiz von der Verwaltung und die Einführung der Kollegialgerichte ausgesprochen. Aber auch dieses Gesetz stand unter demselben unglücklichen Zeichen wie die Prozeßordnung von 1831, denn es war wiederum der Geldmangel, der der Einführung entgegenstand, und da bald darauf die Revolution ausbrach, wurde die Angelegenheit wieder auf unbestimmte Zeit vertagt.

Nachdem in den 50er Jahren verschiedene Male in den Landtagen ein Anlauf zur Reform genommen worden war, und besonders 1857 die Trennung der Justiz von der Verwaltung auch in der untersten Instanz durchgeführt worden war, sollte es doch aber erst der liberalen Ära der 60er Jahre, anläßlich einer Reform der Zivilprozeßordnung, im Jahre 1863 gelingen, den entscheidenden Wendepunkt in der Gerichtsverfassungsfrage herbeizuführen.

b. Stellung des Anwalts.

Wie schon erwähnt war der staatsrechtliche Grundgedanke der Prozeßordnung der, die alleinige Verantwortlichkeit des bisher allmächtigen Gerichts durch die Einführung des Anwaltzwangs im Regelfalle auf zwei sich gegenseitig über-

[72]) Verhandlungen der Bad. Landstände von 1831, II. Kammer, Heft 32, S. 149 ff.

wachende und dabei sich fördernde Organe der Rechtspflege zu verteilen. Gleichzeitig vereinigte man damit ein anderes öffentliches Interesse, nämlich das der Reinhaltung des richterlichen Amtes. Um diese ihrer Zeit weit vorausgeeilte, geplante Regelung voll würdigen zu können, ist es notwendig, einen Blick auf die Verhältnisse vor 1831 in Baden, die sich übrigens nicht sehr von denen des größten Teils des übrigen Deutschlands unterschieden, zu werfen. Nur so wird die großartige Reformidee erst ins rechte Licht gerückt.

Die Verhältnisse vor Einführung der Prozeßordnung zeugen lebhaft davon, daß man noch ganz in den Anschauungen des 18. Jahrhunderts mit seinen absolutistischen Tendenzen und seiner Konzentrierung sämtlicher Funktionen in dem von ihm erzogenen Beamtentum steckte. Vom Verfahren vor den Untergerichten waren die Anwälte nahezu gänzlich ausgeschlos- Es war hier auch kein richtiger Raum für sie vorhanden, denn die mündlichen Verhandlungen waren in der Regel inquisitionell, und in den sehr seltenen Fällen[73]), in denen Anwälte zugelassen wurden, vermochten sie auch ihren Einfluß nicht geltend zu machen, denn sie hatten in Gegenwart des Justizbeamten ihre Vernehmlassung dem Protokoll führenden Aktuar mit möglichster Kürze in die Feder zu diktieren; sofern sie hiervon abwichen und „in einer unnützen Weitläufigkeit sich ausdehnten,“

---

[73]) Vor 1820 waren öfters Advokaten vor Untergerichten aufgetreten. Durch Staatsministerialverordnung vom 2. November 1820 wurde jedoch bestimmt:

a. daß nur in sehr wichtigen oder zweifelhaften oder solchen Rechtsfällen, wo die persönlichen Verhältnisse die Zulassung eines Bevollmächtigten gebieten, Advokaten in der ersten Instanz zur Verhandlung admittiert werden dürften,

b. daß aber in jedem Falle die Verhandlung nur mündlich zu Protokoll gepflogen werden solle.

Eine spätere Verordnung vom 22. Dezember 1821 modifizierte diese Vorschrift dahin, daß alle Klagen oder ersten Eingaben der abwesenden Kläger schriftlich angenommen werden müssen, und daß in jenen Fällen, wo das Untergericht Advokaten zugelassen habe, überhaupt schriftliches Verfahren stattfinden dürfte.

so hatte der Justizbeamte sie in die Schranken zurückzuweisen oder selbst das wesentliche ihres mündlichen Vertrags dem Aktuar zum Niederschreiben zu diktieren. Ihre eigentliche Tätigkeit war nur das Schriftverfassen im Verfahren vor den Obergerichten. § 67 der Obergerichtsordnung bestimmte:

„Die Klage-, Einwendungs- fernere Schriften, und überhaupt alles, was am Oberhof- oder Hofgericht zur richterlichen Rücksicht übergeben werden will, mit alleiniger Ausnahme bloßer Denkzettel zur Sollizitatur und einer etwaigen ersten Eingabe in eilenden Fällen, soll keine Partei, sie sei Kläger oder Beklagter, selbst übergeben, sondern es soll solches allezeit durch einen der bei unsern Obergerichten angenommenen Advokaten geschehen.“ War man sich auch einigermaßen über die Notwendigkeit der Anwälte klar, was durch den Anwaltzwang bei den Obergerichten zum Ausdruck kam, so sah man in ihnen doch lediglich rechtsverständige Berater der Parteien und Mittel zur Geschäftsentlastung des Gerichts.

Bei dem geltenden schriftlichen Verfahren auf das Schriftverfassen beschränkt und damit von wesentlichen Funktionen des Prozesses ausgeschlossen, zu einem erheblichen Teil bezahlt nach der Zahl der Bögen der Schriftsätze, mußte unvermeidlich ein Stand, der lediglich von den Prozessen anderer lebt, jene niederen Eigenschaften entwickeln, die leider ein Kennzeichen der Anwälte der damaligen Periode sind. Auch die Obergerichtsordnung läßt durch ihre von den Anwälten handelnden Bestimmungen erkennen, daß sie in ihnen Subjekte sieht, die die Prozeßsucht der Parteien hervorrufen, Prozeßverschleppungen herbeizuführen versuchen, und durch lange, weitläufige, alle Künste der Chikane verratende Schriftsätze möglichst viel zu verdienen suchen. Sie will durch zahlreiche Strafbestimmungen, aber auch durch Belohnungen, die Anwälte zu gewissenhafter Geschäftsführung veranlassen. Sie stellt vor allem die Anwälte unter eine ausgedehnte Dienstpolizei der Gerichte. Verweise, Geldstrafen, ja Arreststrafen, werden bei jeder Kleinigkeit als dienstpolizeiliche Maßregeln von dem Ge-

richtshofe, bei dem sie das Recht verteidigen, gegen sie verhängt. Auch enthält die Obergerichtsordnung mehrere Bestimmungen zum Schutze des Publikums vor der Ausbeutung der Rechtsanwälte. So bestimmen die §§ 237/38, die die tiefe Einschätzung des Anwalts der damaligen Zeit deutlich zum Ausdruck bringen, daß die Anwälte unter die von ihnen gefertigten Schriften gleich bei der Übergabe unten auf der ersten Seite bemerken sollen, wieviel sie dafür in Rechnung gesetzt haben bei Strafe von 15 kr. Weiter sollten die jeweiligen Referenten bei Durchgehung der Akten sehen, ob nicht etwa mehr, als die Dekretur erlaubte, für eine Schrift gefordert und genommen worden sei; immerhin sollen dabei die Schriften nicht nach der Anzahl der Bögen allein, sondern vornehmlich nach dem wahren Verdienst des Verfassers geschätzt werden. Sodann wird den Rechtsanwälten gleich wie Schülern eine Lektion gehalten, daß sie sich mit äußerstem Fleiße bestreben sollten, eine deutliche und reine Schreibart anzunehmen, daß sie kurze Perioden machen sollten, daß sie keine Noten bei den Schriften machen dürften, daß alle gesetzwidrige Ausdehnung im Abschreiben glatterdings nicht geduldet würde, sondern letztere jedesmal mit Rückgabe der Schrift zur Wiedereinlieferung in ordnungsmäßiger Abschrift auf des Anwalts eigene Kosten geahndet würde. Dann geht es weiter, sie sollen sich bei ihren Schriften der Kürze befleißigen, sie sollen alle unnötigen Weitläufigkeiten, worunter auch die durch den Schlendrian hergebrachten aber nichts auf sich habenden Klauseln, Vorbehalte und dergl. gezählt werden, auf das sorgfältigste vermeiden, sie sollen keine Gesetze und Stellen aus Büchern über gemeine und keinem Zweifel erhobene Dinge anführen, sie mögen dergleichen Stellen nur allein anziehen, wenn ein oder der andere Rechtslehrer einen ganz ähnlichen Fall entscheidet, wo alsdann 2 und höchstens 3 Bücher angezogen werden sollen, und sie müssen für jede falsch angezogene Stelle 15 kr. zur Strafe erlegen. Diese Bestimmungen werden noch dadurch vervollständigt, daß diejenigen Räte, denen diese Schriften zur Relation zukommen, angewiesen werden, die angeführten Stellen von

Zeit zu Zeit, und besonders wenn sie ihnen verdächtig vorkommen, nachschlagen sollen, die Anwälte müssen zur Bequemlichkeit der Expeditoren die Insinuationen auf der Kanzlei abholen. Dazu paßte die Verpflichtungsformel der Advokaten, deren § 2 also lautet:

„Ihre unmittelbaren Vorgesetzten mithin die zu dem Hofgericht verordneten Präsidenten, Direktor, Räte, Beisitzer sind gebührend und schuldig zu verehren, deren Befehle zu beachten und zu befolgen, und der Anwalt darf sich keines Ungehorsams oder Unbescheidenheit bezüchtigen lassen.“ [74]) Ganz entsprechend diesen Verhältnissen, und wieder eine Wechselwirkung auf sie ausübend, war der Umstand, daß oft unwürdigen und unbrauchbaren Beamten nach der Pensionierung zu ihrer bessern Existenz die Advokatur oder doch das Schriftverfassungsrecht verliehen wurde. Auch wurde Individuen, welche man zu Staatsdiensten nicht tüchtig hielt, mit der Erteilung einer Advokatur abgefunden [75]). Unter diesen Umständen war es nur zu erklärlich, wenn viele Beamte es sich als Verdienst anrechneten, den Anwälten Abbruch zu tun, und wenn, wie Mittermaier [76]) ausführt, jeder Assessor des Kollegiums sich freute, dem Advokaten, den er tief unter sich stehend wähnt, seine Übermacht fühlen läßt. Es ist also auch in der Obergerichtsordnung wiedergegeben, was Feuerbach in seinem Werk über „Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“ äußert: „Auf diese Weise sank denn der Stand der Advokaten in verwerfliche, seiner eigentlichen Bestimmung widersprechende, Abhängigkeit von Richtern und anderen Gewaltigen, verlor mit seiner Selbständigkeit die Würde, mit der Würde die Ehre, und mit der Ehre — Alles.“ (Bd. 1. S. 394.)

---

[74]) v. Kettenacker: „Über den Advokateneid im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung“ Bd. II S. 147.

[75]) Aschbach: „Vorschläge zur Verbesserung der Organisation des Advokatenstandes“ im Arch. f. Rechtspflege u. Gesetzgebung Bd. 4 S. 53 ff.

[76]) Mittermaier: „Die künftige Stellung des Advokatenstandes“ im Archiv f. Zivil. Prax. Bd. 15 S. 289.

Kein Gegengewicht hatte die im Vergleich zu anderen Staaten reichliche Bemessung der Gebühren, die den Anwalt finanziell unabhängig stellte, zu bieten vermocht.

Angesichts dieser Zustände und der ähnlichen Verhältnisse in nahezu allen anderen deutschen Staaten ist es ganz erstaunenswert, wie man bei der Einführung der Prozeßordnung von 1831 dachte. Man war sich aber infolge der Ergebnisse der preußischen Praxis bewußt, daß die gehoffte Besserung des Prozesses nicht durch Vereinigung der gesamten prozessualen Befugnisse in der Richterhand zu erreichen war. Hatte Preußen, das hierin das Vorbild abgegeben hatte, damit auch viel zur Vertiefung der Richteraufgaben beigetragen, so hatte sich doch nur zu bald gezeigt, daß die den Richtern allein aufgebürdete Verantwortung nicht die erwünschten Erfolge hatte und haben konnte. Es ergab sich besonders, daß die Rührigkeit und Unbefangenheit der Richter darunter litt, und daß dadurch die Sicherheit der Rechtsverfolgung nicht gewährleistet wurde. Dies brachten auch einige, in der Form vielleicht etwas zu scharfe, Gutachten verschiedener badischer Richter, die sich zu der die Advokaten nahezu ganz von den Untergerichten ausschließenden Staatsministerialverordnung vom 2. November 1820 äußerten, ganz deutlich zum Ausdruck. So schrieb der Hofgerichtsrat Preiß in Meersburg am 1. April 1821: „Die Klagen über Advokaten sind in unserm Lande und in den benachbarten deutschen Staaten noch bei weitem nicht so laut geworden und nicht so gegründet als die gegen die Beamten erhobenen .. . . . Die gegen die Advokaten erhobenen Beschwerden der Parteien — die der Richter sind verdächtig — laufen gewöhnlich auf Geldschneidereien hinaus, der ungerechte Richter prellt sie um ihr Recht . . . . . Sollte durch eine bessere Auswahl der Advokaten allen von denselben zu befürchtenden Verletzungen auch nicht vorgebeugt werden können? so ist es doch noch niemand eingefallen, den Gebrauch der Messer zu verbieten, weil man sich damit manchmal schneidet oder sticht."

Ähnlich äußert sich der Hofgerichtsrat Kaiser in Meersburg: „ . . . . . Wenn hernach der Richter nicht ein psycho-

logischer Kopf ist, wenn er nicht ganz vorurteilsfrei, ohne die mindeste Leidenschaft, den Grund der Beschwerde in Wahrheit sucht, so ist Gefahr vorhanden, daß ein Justizmord begangen werde. — Alles dieses ist nicht zu befürchten, wenn Rechtsanwälte zugelassen werden. . . . . Wie häufig beklagen sich die Parteien, daß man gar nicht gehört, oder das nicht zu Protokoll genommen habe, was sie vorgebracht haben, oder daß man ihnen, statt sie anzuhören, mit dem Arreste gedroht habe. — Diesem Mißstande kann nur wieder durch Zulassung der Advokaten abgeholfen werden . . . . .“

Man mußte den bei der Einführung der konstitutionellen Verfassungen zu Grunde gelegten Gedanken des Gleichgewichts mehrerer staatlicher Organe auf das Prozeßrecht verpflanzen, wenn man einerseits eine reinere Rechtspflege und andererseits die staatsbürgerlichen Rechte gewahrt wissen wollte. Daß man sich dessen in Baden bewußt war, zeigen sowohl der Bericht der Gesetzgebungskommission, als auch der Kammerkommissionsbericht und die Kammerverhandlungen selbst. Es wurde mehrfach geltend gemacht, daß man im Anwalt nicht nur einen Vertreter parteiischer Interessen erblicke, sondern daß man ihn als zur möglichst guten Erfüllung der Rechtspflege für unbedingt erforderlich ansehe, besonders da es auf seine Intelligenz und moralische Kraft ankomme, wenn der Richter ein vollständiges und möglichst getreues Bild des Rechtsstreits erhalten soll.

Man ließ sich von dem großen Gedanken nicht durch den Einwurf abhalten, die Prozesse würden durch Anwälte vermehrt, und Prozeßverschleppungen würden häufiger vorkommen; vielmehr führte der Bericht der Gesetzgebungskommission aus: „Bisweilen mögen die untergerichtlichen Verhandlungen etwas weitläufiger ausfallen, als es bei der Zurückweisung der Rechtsbeistände oder Vertreter vor den Schwellen der Gerichtssäle geschehen wäre; allein sie werden infolge der genauen Nachforschungen der Anwälte über die in Frage kommenden tatsächlichen Verhältnisse auch alles Erhebliche um so sicherer erschöpfen; fehlerhafte, später in Verwirrung und Schwie-

rigkeiten aller Art sich äußernden, Einleitungen von minder einfachen Rechtsstreitigkeiten werden seltener vorkommen; Restitutionen, neue Anführungen in der obern Instanz, und abändernde obergerichtliche Urteile minder häufig sein, und hierdurch das Vertrauen der Bürger zu der Rechtspflege der Untergerichte und das Ansehen der Gerichte überhaupt eine festere Stütze gewinnen etc." [77].

Der Entwurf von 1826 hat den Anwaltzwang vor den Kollegialgerichten allgemein und der Entwurf von 1830 und nachher die Prozeßordnung in Sachen über 50 fl. Wert durchgeführt Anwaltzwang hat zwar, wie oben bemerkt, schon nach der Obergerichtsordnung geherrscht; es war aber hier diese rechtsstaatliche Einrichtung paralysiert durch ein Unterordnungsverhältnis der Anwälte unter die Richter, das die Anwälte nahezu entehrte.

Es müssen nach § 131 bad. Prozeßordnung von 1831, ebenso nach § 1103 bei den Obergerichten die schrift-

---

77) Man hatte dem Anwalt zwar noch nicht die vollen Parteirechte, wie unsere heutige Prozeßordnung, in die Hand gegeben; es bedeutet dies jedoch keine wesentliche Beeinträchtigung seiner öffentlich rechtlichen Stellung.

78) Der bayr. Entwurf von 1825 ließ bei den Landgerichten erster Instanz keine Advokaten zu; nur bei den Bezirks- (Bezirks-Stadt) und den Appellationsgerichten, soweit sie in geringern Rechtsstreitigkeiten der Städtebewohner zu entscheiden hatten, waren Advokaten zugelassen.

Soweit die Bezirks- und die Appellationsgerichte in wichtigeren Rechtsstreitigkeiten als Kollegialgerichte handelten, durfte beim schriftlichen Verfahren in der Regel keine Partei sich selbst vertreten, sondern sie mußte sich eines Advokaten bedienen. Bei dem mündlichen Verfahren in der Audienz konnte sich jede Partei durch einen Advokaten vertreten lassen, sie konnte aber auch selbst sprechen. Nach dem revidierten Entwurf von 1827 waren Advokaten bei allen Gerichten und in allen Streitigkeiten zugelassen. Für die Verfassung der Schriftsätze im ordentlichen Prozeßverfahren sowie für die mündliche Verhandlung war sogar Anwaltzwang vorgeschrieben. Nach dem Entwurf von 1831 bestand nur noch für schriftliche Eingaben Advokatenzwang; im mündlichen Verfahren vor den Einzelrichtern und in der Audienz im ordentlichen Verfahren konnte aber jeder selbst sprechen.

lichen Vorträge der Parteien von Gewalthabern überreicht werden, welche aus der Zahl der bei dem Gerichtshof aufgestellten Obergerichtsadvokaten zu wählen sind. Vor allen Dingen muß nach § 1100 jede Partei, die in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten öffentlichen Gerichtssitzung erscheint, von einem aus der Zahl der aufgestellten Gerichtsadvokaten gewählten Anwalte begleitet sein, wenn das Gericht ein Obergericht ist. Andererseits hat man als Ausfluß von der Ansicht der Selbstständigkeit des freien Bürgers die Parteien nicht mundtot gemacht.

So bestimmt der § 1101: Die Parteien können die mündlichen Vorträge selbst halten oder einen andern Bevollmächtigten als ihren Anwalt dazu bestellen.

Ganz konsequent der obigen Auffassung ist die Zulassung der Anwälte vor den Untergerichten[79]), nachdem nun hier die an Stelle der Inquisitionsmaxime tretende Verhandlungsmaxime Raum gab für die Betätigung des Anwalteinflusses. Baden war mit dieser Maßregel einer der ersten deutschen Staaten. Nur Kurhessen war ihm vorgegangen, allerdings unter beschränkenden pekuniären Bestimmungen, so daß Anwälte nicht häufig vor Untergerichten aufgetreten sind. Es ist von dieser Befugnis in Baden auch sehr viel Gebrauch gemacht worden, da, wie Mittermaier[80]) sagt, wegen der vielen Formerfordernisse der Prozeßordnung Anwaltsbeistand nötig war.

Man hatte aber auch erkannt, daß der Anwalt nur dann seine Stellung als zweites Organ der Rechtspflege auszufüllen vermag, wenn ihm auch die richtige Gelegenheit zur Entfaltung seiner für obige Funktion erforderlichen Eigenschaften geboten war. Da man nun wußte, daß nur infolge des schriftlichen und damit nicht öffentlichen Verfahrens der Anwaltstand seine hohen Eigenschaften verloren hatte, so sollten die Wie-

[79]) Der Entwurf von 1826 ließ auch unbeschränkt rechtsgelehrte Anwälte zu.

[80]) Mittermaier: „Die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiet der Zivilprozeßordnung und die Grundrichtung in denselben" im Arch. f. Zivil. Praxis. Bd. 32. S. 277—78.

dereinführung der Öffentlichkeit und Mündlichkeit nicht zu allerletzt ihm zur Wiedererlangung derselben verhelfen. Auch mußten Öffentlichkeit und Mündlichkeit zur bessern Verwirklichung des gegenseitigen Kontrollverhältnisses zwischen Gericht und Anwalt wieder hinzutreten. Wie sehr man sich alles dessen bewußt war, zeigen deutlich die Äußerungen eines Mitredaktors der Prozeßordnung, des Oberhofgerichtsrats und nachherigen Geh. Rats v. Weiler, in seinen „Grundzügen eines Zivilprozeßrechts für Baden“ [81]): „Diese Betrachtung über die Emporhebung des Advokatenstandes könnte allein schon hinreichen, die mündliche Rede vor Gericht als wahrhaftes und unerläßliches Bedürfnis der Zeit darzustellen,“ sowie die Ausführungen des Abgeordneten Rindeschwender in seinem Kommissionsbericht in der zweiten Kammer: „Zu den Gründen, welche schon oben für die Öffentlichkeit und Mündlichkeit angeführt sind, braucht noch kaum der Grund hinzugefügt zu werden, daß nur da, wo das Verfahren mündlich und öffentlich ist, der Stand der Sachwalter zu derjenigen Würde emporgehoben werden kann, welche er im Interesse der Parteien und in dem des Staats haben soll; die deutschen Sachwalter werden dann seiner Zeit in die Schranken treten mit den englischen und französischen, wenn sie im gleichen Grade, um mich eines Ausdrucks der englischen Sprache zu bedienen, öffentliche Charaktere wären[82]).

Im selben Sinne wie die Durchführung dieser beiden Principien wirkte auch die reinere Gestaltung der Verhandlungsmaxime im Verfahren vor den Kollegialgerichten.

Wie schon erwähnt, konnten leider Kollegialgerichte in erster Instanz mit der Einführung der Prozeßordnung noch nicht errichtet werden.

Es konnte daher bedauerlicherweise das Gleichgewichtsverhältnis von Gericht und Parteien, auf das die Prozeßordnung gebaut war, noch nicht in die Wirklichkeit umgesetzt

[81]) Arch. f. Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 1 S. 19.
[82]) Verh. der Bad. Landstände 1831 II. Kammer, Beil. Heft 9 S. 47.

werden, da dem Einzelrichter, der nahezu sämtliche Erstinstanzsachen erledigte, kein ebenbürtiger Gegner gegenübertrat. War auch nach der Prozeßordnung der Anwalt vor den Untergerichten zugelassen, so war er doch nicht erforderlich und notwendig. Es ist ihm infolgedessen keine feste Position zugewiesen, die ihn befähigte, selbstberechtigt und mit voller öffentlicher — wenn auch nicht mit amtlicher — Verantwortlichkeit mit dem Richter sich in die Rechtspflegeaufgaben zu teilen. Er hat keine öffentliche Rechtsposition, er ist kein öffentlicher Funktionär der Rechtspflege, sondern nur ein rechtskundiger Vertreter der Partei. Es ist also öffentlich-rechtlich die Handhabung der Justiz allein in die Hände des Richters gelegt, dessen von vornherein festgelegte Übermachtstellung — abgesehen von der ihm schon durch die Natur des Richteramtes gegebenen autoritativen Entscheidungsbefugnis einen ihn kontrollierenden Rechtsverständigen, der sich in schwankender, von der Partei abhängigen, allein privatrechtlichen, Stellung befindet, nicht denken läßt. Es ist durch die Nichtverwirklichung der obigen Grundidee die so heiß erstrebte Position der freien Einzelpersönlichkeit im Prozeß nicht erreicht worden, da von vornherein ein Unterordnungsverhältnis unter das Gericht bestand.

Es wäre allerdings auch im Fall der vollen Durchführung der geplanten Reform der Wert derselben für eine Reihe von Übergangsjahren nur theoretisch gewesen, da der Anwaltstand infolge der eingangs geschilderten Verhältnisse teilweise auf einer sehr niedrigen Stufe stand, und es einer Reihe von Jahren bedurft hätte, bis er den ihn gestellten Anforderungen genügt hätte.

Auch fehlte, trotzdem die Prozeßordnung alle ihr möglichen Vorbedingungen erfüllte, doch noch eine Reihe sonstiger Bedingungen, die in organischen Zusammenhang mit jenen stehen.

Gerade die Voraussetzung des Gleichgeordnetseins von Richter und Anwalt wäre nicht erfüllt gewesen, nämlich die vollständige Unabhängigkeit des Anwalts vom Gericht. Man hatte zwar, indem man in negativer Richtung reformierend

wirkte, sein Verhältnis zum Gericht würdiger gestaltet. Der Entwurf von 1826 und der Entwurf von 1830 und nach ihm die Prozeßordnung von 1831 enthielten alle jene oben geschilderten kleinlichen Strafbestimmungen nicht mehr. Es war damit jene häufige Gelegenheit zu den früher an der Tagesordnung gewesenen Reibereien zwischen Gericht und Anwalt beseitigt. Es war nun nicht mehr möglich, daß der Advokat, der sich vielleicht durch Betätigung in politischen Fragen mißliebig gemacht hatte, wegen jeder Kleinigkeit bestraft, sogar mit Suspension bedroht wurde und ununterbrochen Verweise wegen seiner Schreibart erhielt. Es mußten nun die Fälle seltener werden, in denen die Anwälte, die gegen die vielleicht nicht mehr dem neuen wissenschaftlichen Stande entsprechenden Ansichten des Gerichts oder gegen Saumseeligkeiten desselben offen und frei auftraten, mit dem Namen Rabulisten bezeichnet wurden, und infolgedessen kleinlicher Disziplinierung ausgesetzt waren. Man hatte aber damit nur die größten Mißstände beseitigt, den Anwalt aber nach wie vor der Disziplin des Gerichts, bei dem er angestellt war, unterworfen. Weiter hat der Richter durch die Taxordnung von 1832[83]) die Befugnis, die Gebühren

[83]) Im Jahre 1831 haben die Hofgerichtsadvokaten von Mannheim der Kammer ihre Wünsche für eine zeitgemäße Organisation des Advokatenstandes vorgetragen. Die Eingabe enthielt unter anderm: 1) die Bitte um ein Gesetz über die Unabsetzbarkeit der Advokaten nach Analogie der Bestimmungen des Dieneredíktes über die Unabsetzbarkeit der Staatsbeamten, 2) den Vorschlag zur Errichtung von Advokatenkammern an dem Sitz der Gerichtshöfe nach dem Muster der französischen Einrichtungen. (Diese Ideen hatte bereits eine in Bayern durch Ministerialrescript vom 23. Mai 1827 berufene Kommission von Münchener Advokaten verfochten. Später führte auch Mittermaier in seinem Aufsatz: „Die künftige Stellung des Advokatenstandes" im Arch. f. zivil. Prax. Bd. 15 S. 138 ähnliche Gedanken näher aus, wobei er auch die Bedeutung des Anwaltes für die Rechtspflege und auch für das damalige öffentliche Leben eingehend würdigte.) 3) Den Vorschlag, bei Besetzung der Richter- und Beamtenstellen mehr, als in der letzten Zeit geschehen wäre, Rücksicht zu nehmen auf den Stand der Sachwalter, der, wie in andern Staaten, so auch früher unter Karl Friedrichs Regierung mit Recht für die Pflanzschule der Richter und der Beamten über-

des Anwalts für bestimmte Verrichtungen zwischen einem Minimum und einem Maximum nach seinem Ermessen zu dekretieren. Aschbach klagt über diesen Umstand sehr in seinem Aufsatz: „Vorschläge zur Verbesserung der Organisation des Advokatenstandes" im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung S. 54. Er sagt: „Auf dieser niedern Stufe kann der Stand nicht länger bleiben, der den schönsten Beruf übt, die Verteidigung des Rechts und der Wahrheit, ein Beruf, der unter gewissen Verhältnissen so viel Mut und Kraft erheischt als die Verteidigung des Vaterlandes selbst etc." Auch er weist in richtiger Erkenntnis des tiefen Grundgedankens der Prozeßordnung von 1831 darauf hin, daß diese Unterordnung unter die Richter unvereinbar sei mit der neuen Prozeßordnung, die die Ausübung der Rechtspflege rein zwischen den Richtern und den Advokaten teile; und dieses Verhältnis erfordere doch völlige Gleichheit mit dem Richter. Darum müsse der Advokatenstand dieselbe freie Selbstständigkeit wie der Richter haben und das auch gegen die Gerichte selbst.

Weiter unvereinbar mit seiner Unabhängigkeit war der Umstand, daß er durch die Regierung angestellt wurde, und zwar bei einem Hofgericht oder dem Oberhofgericht. Hierbei bestand ein Numerus clausus, der aber nicht eingehalten wurde, so daß keine numerische Beschränkung wie in Preußen statt-

---

haupt gehalten worden sei. (Verh. der Bad. Landstände von 1831 II. Kammer Heft 10 S. 294—295.) Der Abgeordnete Duttlinger machte sich diese Petition zu eigen und brachte sie als Motion vor. Wegen Überhäufung der Kammer mit andern Geschäften fand jedoch keine Beratung mehr darüber statt.

Im Jahre 1832 bildete daraufhin das Justizministerium mittels Erlasses vom 3. Februar Advokatenausschüsse an den 5 Kollegialgerichtshöfen, welche Vorschläge wegen einer durch die neue Prozeßordnung nötig gewordenen Veränderung der Taxordnung und wegen der Errichtung von Advokatenkammern und über weitere gutfindende Anträge machen sollten. Die Advokaten reichten hierauf umfangreiche Eingaben ein, die die Gerichtshöfe mit gutachtlichen Berichten an das Justizministerium einsandten. Es trat jedoch schließlich nur einer Neuregelung der Taxordnung näher.

fand, das die Zahl der Anwälte ziemlich niedrig hielt. Er konnte von der Regierung seines Amtes aber auch wieder entsetzt werden. Immerhin ist er aber trotz seiner Anstellung im Interesse seiner unabhängigen Stellung nicht zum Staatsbeamten gestaltet wie in Preußen. Hier nahm er allerdings einerseits infolge der Anstellung und der sehr beschränkten Zahl und andererseits infolge seiner bessern Vorbildung[84]) eine viel geachtetere Stellung ein, was nur wohltätig auf die Rechtspflege wirken konnte. Neben den Advokaten, die auch Anwälte genannt wurden, gab es noch die sogenannten Schriftverfasser, rechtsgelehrte Personen[85]), denen, ohne daß sie als Advokaten angestellt wurden, das Schriftverfassungsrecht von der Regierung verliehen wurde, und die nicht, wie die Anwälte, lokalisiert waren. Es kehren darin die gemeinrechtlichen Schreibanwälte wieder, denen für die Prozeßstruktur

[84]) In Preußen mußte die Vorbildung des Anwalts dieselbe sein wie die der Richter des Gerichts, bei dem er angestellt war. Er mußte also zwei bezw. drei Examina abgelegt haben.

Bayern verlangte 2 Prüfungen und wie Preußen eine praktische Vorbereitungszeit.

In Baden sollte nach dem 5. Organisationsedikte jeder höhere juristische Beamte — Amtsstelle, gerichtliche und staatsrechtliche Ratsstellen — die Anwaltskarriere durchgemacht haben, und nur ausnahmsweise sollten Beamte, die nicht Anwalt waren, in höhere Richterstellen aufrücken. Diese Regelung bestand jedoch nicht lange, denn schon im Jahre 1810 bestimmte eine landesherrliche Verordnung vom 1. Mai, daß den Anwälten nur die Möglichkeit eröffnet sein sollte, in höhere Ratsstellen zu gelangen. Doch lassen Äußerungen in der zweiten Kammer und die oben erwähnte Petition der Mannheimer Advokaten erkennen, daß zur Zeit der Einführung der Prozeßordnung ein Anwalt höchst selten in den Staatsdienst übernommen wurde.

Bis zum Jahre 1826 verlangte man 2 Prüfungen, nachher blos noch eine und eine praktische Vorbereitungszeit von zwei Jahren.

[85]) Die meisten hatten die Vorbildung der Anwälte. Nach der landesherrlichen Verordnung vom 2. November 1826 wurde jedem Rechtspraktikanten, der 2 Jahre nach der Prüfung bei Justiz- oder Polizeibehörden beschäftigt war, nach Vorlage genügender Zeugnisse das Schriftverfassungsrecht verliehen.

keine wesentliche Bedeutung zukommt, da der Anwaltzwang sich lediglich auf die angestellten Anwälte erstreckte.

c. Verhältnis des Richters zu den Parteien.

1. Dispositionsprinzip (Prozeßeinleitung und -fortleitung).

Hatte man durch Ausgestaltung des Anwalts zum zweiten Organ der Rechtspflege die Grundbedingung des Gleichgewichtverhältnisses zwischen Gericht und Parteien geschaffen, so hatte man auch konsequenterweise hinsichtlich des Prozeßbetriebs diejenigen Bestimmungen getroffen, die dem genannten Verhältnis entsprachen. Man hat daher in erster Linie berücksichtigt, daß die Streitsache rein privatrechtlicher Natur ist, und der Disposition der Parteien insoweit untersteht, als nicht maßgebende Offizialinteressen — da der Zivilprozeß staatliche Privatrechtspflege ist — eine Ausnahme erfordern. Man hat daher besonders in Nachwirkung vernunftrechtlicher Ideen die vollste Verfügungsfreiheit der Parteien über die Rechtssache statuiert[86]).

Es besteht daher nach der Prozeßordnung von 1831, wie auch nach der Regelung vor derselben, bezüglich der Prozeßeinleitung in allen Privatrechtsstreitigkeiten mit Ausnahme der Ehesachen das Dispositionsprinzip, d. h. die Parteien leiten durch ihre Willensdisposition durch Erhebung der Klage den Rechtsstreit ein, sie wählen die Form des Rechtsstreits (ob gewöhnlicher oder summarischer Prozeß, oder ob schiedsrich-

[86]) Der Brauer'sche Entwurf und der Entwurf von 1826 hatten in ähnlichem Umfange das Dispositionsrecht statuiert.

Auch in den bayrischen Entwürfen ist die vollste Dispositionsfreiheit der Parteien über ihre Streitsache vorgesehen; doch haben sie teilweise (Bestimmung des Beweisthemas durch die Parteien) dem Offizialinteresse des Staats zu wenig Rechnung getragen.

terliches Verfahren[87]), sie bezeichnen das Streitverhältnis und stellen bestimmte Anträge. Als Kehrseite des letzten Punktes bestimmt der § 376: das Gericht ist niemals berechtigt, einer Partei von Amts wegen etwas zuzusprechen, um was sie nicht gebeten hat, den Ersatz der Prozeßkosten allein ausgenommen, über welchen auch von Amts wegen erkannt werden muß. Auf Entschädigungen anderer Art, auf Früchte und Zinsen darf der Richter nur dann erkennen, wenn sie wenigstens im Allgemeinen verlangt worden sind. Ebensowenig darf das Gericht nach § 427 einer Partei mehr oder einen andern Gegenstand zuerkennen, als sie selbst verlangt hat. Die Folgen der Versäumnisse werden nur auf Anrufen der Gegenpartei ausgesprochen.

Hinsichtlich der Rechtsmitteleinlegung[88]) gilt das Dispositionsprinzip ebenfalls. Die Folgerung hiervon ist, daß man im § 1167 bestimmte: „Das durch ein Rechtsmittel anzufechtende Urteil kann nicht zum Nachteil desjenigen Teils abgeändert werden, der das Rechtsmittel gebraucht hat, außer infolge der Anschließung der Gegenpartei oder eines von ihr ebenfalls gebrauchten Rechtsmittels[89]).

---

[87]) Durch dieses Institut wollte man die Freiheit der Parteien in Behandlung ihrer Streitigkeiten vervollständigen, worauf besonders die Begründung zum bayrischen Entwurf von 1831 S. 15 abhebt.

[88]) Auch die Oberappellation ist, da sie lediglich auf den Rechtsgedanken der Appellation gebaut ist, nicht von Bedingungen abhängig gemacht. Man hat jedoch schon die Appellation an einen bestimmten Wertbetrag geknüpft — 50 fl — da man von der Erwägung ausging, daß bei kleinern täglich vorkommenden Rechtshändeln Beschleunigung am nötigsten wäre. Man hat jedoch dadurch entgegen dem Geist der Prozeßordnung einerseits den Rechtsschutzanspruch der Parteien in kleinen Sachen sehr verkümmert und andererseits die Macht des betr. erstinstanzlichen Einzelrichters in ungebührlicher Weise den Parteien gegenüber gesteigert.

[89]) Bezüglich der Rechtsmitteleinlegung hatte als polizeistaatliche Nachwirkung die Obergerichtsordnung das Dispositionsprinzip sehr verkümmert. Damit nämlich die Revision oder Oberappellation nicht aus bloßem Mutwillen oder zur Verzögerung der Gerechtigkeit gebraucht

Auch über den Fortgang des Streitverhältnisses können die Parteien frei disponieren. Sie können den Prozeß jederzeit hemmen. Bleiben beide Parteien in der Tagfahrt aus, so ruhen die Verhandlungen bis auf Anrufen der einen oder der andern Partei. Wider den Willen der Parteien kann also der Rechtsstreit niemals fortgesetzt werden. Die Parteien können nach § 802 den Rechtsstreit durch dreijähriges Nichtbetreiben und entsprechende Erklärung zum Erlöschen bringen. Dieses Institut des Erlöschens des Rechtsstreits ist der péremtion des code de procédure civile nachgebildet. Die Parteien können einen prozessualen Vergleich abschließen[90]). Um unberechtigten Prozeßverschleppungen vorzubeugen setzte § 259 im Offizialinteresse eine starke Schranke gegen Parteiwillkür. Er bestimmte, daß die Rechtshängigkeitswirkungen wieder wegfallen:

1. wenn in der ersten Tagfahrt beide Parteien ausbleiben,
2. wenn der Kläger allein ausbleibt und der erschienene Beklagte den Rechtsstreit nicht freiwillig fortsetzt.

Einseitig kann der Kläger füglicherweise nach der Einlassung des Beklagten vom Prozesse nicht mehr zurücktreten. Eine einseitige Klagzurücknahme hat nach § 809 die Wirkung, als ob der Entsagende durch ein rechtskräftiges Urteil im Prozesse unterlegen wäre.

Auch im Vollstreckungsverfahren hat die Prozeßordnung den richtigen Standpunkt vertreten.

Vor 1832[91]) stand in dem Verfahren vor dem Unterrich-

---

werden möge, können in bestimmten Fällen Sukkumbenzgelder auferlegt werden.

Der bayrische Entwurf von 1825 und der revidierte Entwurf von 1827 ließen eine weitere Berufung gegen zwei gleichförmige Urteile nicht mehr zu.

[90]) Er ist allerdings in der Prozeßordnung nicht näher geregelt. Vor allem sind seine Wirkungen nicht näher bestimmt, besonders ob er ein vollstreckbarer Titel ist. Als solche führt die Prozeßordnung nur Urteile und vollzugsreife unbedingte Befehle auf.

[91]) Donsbach: „Die Verfassung und das Prozeßverfahren der Untergerichte" S. 33.

ter noch den Ämtern der Vollzug der in Rechtskraft erwachsenen Urteile zu.

Nur bei obergerichtlichen Vollstreckungstiteln wird der Hofgerichtsbote auf Betreiben der Parteien seitens des Gerichts beauftragt.

Nach der Prozeßordnung von 1831 wird nun in allen Fällen ganz in Würdigung der Rechte der Parteien diesen überlassen, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, und zwar durch unmittelbare Beauftragung des Exekutionsorgans.

Endlich hatte man nach der Prozeßordnung von 1831 hinsichtlich der Vermögensuntersuchungen und Ganten das bis hier neben dem Dispositionsprinzip geltende Offizialprinzip verlassen.

Es durfte nach der Prozeßordnung von 1831 nur noch bei bestimmten Anträgen der Beteiligten auf sie erkannt werden.

2. Tatsachenbeschaffung.

Hinsichtlich der Tatsachenbeschaffung konnte in diesem Zeitalter des Kults der freien Einzelpersönlichkeit nur die Verhandlungsmaxime[92]) in Betracht kommen.

Man hat aber auch hier, wie bei allen anderen Bestimmungen der Prozeßordnung, alles in Betracht kommende reiflich erwogen. Man zog die dem vorkonstitutionellen Zeitalter angehörige Inquisitionsmaxime des preußischen Prozesses in Erwägung und kam zu dem Schluß, daß sie nicht mehr den neuen Zeitverhältnissen entspreche, in denen die Bürger auf Grund der Verfassungen selbst mündig sind und nicht mehr vertrauensvoll ihre Sache dem Gericht, von dem sie Hilfe erwarten, überlassen. Besonders machte man geltend, daß die Inquisitionsmaxime das wesentlich unvereinbare zu vereinbaren suche, den Richter zugleich zum Sachwalter der Parteien zu

---

[92]) Auch der Brauer'sche und der Ziegler'sche Entwurf hatten dieselbe durchgeführt.

bestellen[93]), und daß sie die Parteiangelegenheit zu viel von der Individualität des Richters, seiner Aufmerksamkeit, Geschicklichkeit und seinem guten Willen abhängig mache.

Man erkannte aber auch, daß die Verhandlungsmaxime des französischen Prozesses zu weit und zu schroff durchgeführt war, und sich nicht für die deutschen Verhältnisse eigne. Man behielt daher die Verhandlungsmaxime des gemeinen Prozesses, die mit der gesicherten Rechtsstellung der Rechtsuchenden und dem Offizialinteresse vereinbar war, bei. Ganz schön kommt dies in dem Kommissionsbericht des Abgeordneten Merck über die Einführung der Prozeßordnung zum Ausdruck, wenn er sagt: „Die Bürgschaft für die Ermittlung des materiellen Rechts liegt außer in den Regeln über die Verhandlung und das Beweisverfahren vor allem in der rechtssichernden Stellung, welche dem Richter zur Partei angewiesen ist, und welche eine unberufene Einmischung desselben in die Sache, eine Bevormundung der Parteien und ein zu offiziöses und willkürliches Einschreiten desselben ausschließt, vielmehr die Tätigkeit des Richters nur auf Anrufen der Parteien um Rechtsschutz und in ganz bestimmter Form eintreten läßt“ [95]). Man hatte eben zu berücksichtigen, daß die Streitsache eine Privatsache ist, daß der Staat daran interesselos ist, und daß eine unparteiische Stellung des Richters, die nur durch die Durchführung der Verhandlungsmaxime gewährlei-

---

[93]) Rindeschwender's Kommissionsbericht. Verh. der Bad. Landstände von 1831. II. Kammer, Beilagenheft 9 S. 56.

[94]) Dasselbe taten auch die bayrischen Entwürfe von 1825 und 1827, während der Entwurf von 1831 dem Selbständigkeitsdrang der Parteien zu sehr Rechnung trug. Derselbe ging auffallenderweise in § 305 sogar soweit, daß er bestimmte, der Richter dürfe nie eine andere Rechtsregel als die von den Parteien vorgebrachte seiner Entscheidung zu Grunde legen. War diese Rechtsregel nicht anwendbar, so war die betreffende Klage oder Einrede abzuweisen.

Diese höchst bedenkliche Bestimmung wich von dem seit jeher geltenden Satz „iura novit curia“ ohne innere Begründung ab.

[95]) Verh. der Bad. Landstände von 1831, II. Kammer, Beil.-Heft 12, S. 194.

stet wird, erforderlich ist, wenn die Parteien Vertrauen zur Rechtspflege haben sollen.

Als Verhandlungsstoff gilt daher nach der Prozeßordnung von 1831 nur das von den Parteien vorgebrachte. Die Parteien sind aber auch für die Beischaffung des Tatsachenmaterials und der Beweismittel, an welch letztere das Gericht gebunden ist, allein verantwortlich. Andererseits muß das Gericht alles von den Parteien vorgebrachte zur Urteilsfällung berücksichtigen.

Man erkannte aber auch in Baden, daß die reine Durchführung der Verhandlungsmaxime Konsequenzen zeitigt, die sich mit einer guten Gerechtigkeitspflege nicht vereinbaren lassen. Man wollte aus dem Richter nicht bloß einen Automaten machen, dessen Tätigkeit allein darin besteht, auf das ihm vorgetragene den entsprechenden Paragraphen anzuwenden. Man ist daher nicht in den Fehler des französischen Rechts verfallen, das von der Parteitätigkeit alles erwartet und das richterliche Verantwortlichkeitsbewußtsein erschlaffen läßt. Der Bericht der Gesetzgebungskommission, die Kommissionsberichte der Kammerkommissionen und die Kammerverhandlungen lassen erkennen, daß man Prozeßprinzipien nicht um ihrer selbst durchführen wollte, sondern um in der zweckmäßigsten Weise den bestehenden Rechtspflegeidealen nahe zu kommen.

Man wandte sich gegen das damals gerade liberalerseits viel gebrauchte laissez faire, laissez aller, da man erkannt hatte, daß die Freiheit zum Schutze ihrer selbst wieder Schranken bedürfe, damit sie in richtige Bahnen gelenkt werde. Man gewährleistete dies einerseits durch ein formstrenges Prozeßrecht, und andererseits trug man keine Bedenken, auch die Mitarbeit des Richters durch ein genau normiertes Fragerecht, soweit es mit der freien Parteistellung vereinbar ist, zu billigen.

Man hat daher dem Richter die Befugnis beigelegt, die für seine Entscheidung notwendige Grundlage in gewissen Grenzen sich vervollständigen zu können. Man hat ihm Gelegenheit gegeben, die Partei auf etwaige mangelnde Substanziierung, auf ihre etwaigen unklaren Behauptungen und An-

träge hinzuweisen[96]). Man berücksichtigte eben, daß auch das Offizialinteresse des Staats an einer geordneten Rechtsverfolgung wahrgenommen wird, wenn der Richter schon während der Verhandlung der Partei Einsicht in ihre Rechtslage gibt und ihr damit Gelegenheit zur Vervollständigung ihres Vorbringens bietet. Man beschränkte aber die Befugnis des Richters auf das Gelegenheit bieten, so daß sich das weitere Vorbringen der Partei immer noch als Parteihandlung darstellte. Auch v. Weiler sagt dies in seinen Grundzügen eines Zivilprozeßrechts für Baden: „Das Fragerecht des Richters soll nur auf Erläuterung des bereits vorgetragenen faktischen Bezug haben, es darf aber nicht auf Erforschung neuer nicht vorgetragener Tatsachen gehen[97]).

Weiter hat die Prozeßordnung dem Richter auch ein Fragerecht an die Zeugen gewährt. Dasselbe beschränkt sich ebenfalls auf Erläuterungsfragen, da die Beweisartikel, über die die Zeugen zu vernehmen sind, von den Parteien aufgestellt werden.

Hier wäre ebenfalls das später noch zu erörternde Beweiserkenntnis zu erwähnen, das den Parteien sagt, wer, was und in welcher Frist sie beweisen müssen, wenn sie siegen wollen.

Weiter wäre hier zu nennen die Anordnung eines Augenscheins von Amts wegen, sowie der inquisitionelle richterliche Noteid, den man als Ausfluß der richterlichen Aufklärungspflicht beibehalten hat[98]).

---

[96]) Der Brauer'sche und der Ziegler's che Entwurf von 1826 hatten dasselbe in ähnlichem Umfange zugelassen. Es konnte nach letzterm das Gericht Berichtigung verlangen, wo der tatsächliche Vortrag undeutlich oder die Beantwortung des gegenteiligen Vortrags unvollständig war. Es mußte aber auf die genau bezeichneten Stellen der zu berichtigenden schriftlichen Eingabe hinweisen.

Die bayrischen Entwürfe haben das Fragerecht nicht genau normiert, sondern nur allgemein als solches zugelassen, so daß es hier einen stärkeren inquisitionellen Beigeschmack hatte.

[97])Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung. Bd. 1 S. 11.

[98]) Die unsern modernen Anschauungen entsprechende Durchführung der Verhandlungsmaxime tritt um so mehr hervor, wenn man die

3. Prozeßbetrieb.

Die Bestimmungen über den Prozeßbetrieb verdanken ebenfalls ihre Entstehung dem Streben, die Funktionen im Prozeß zwischen Gericht und Partei zu teilen.

Mit Rücksicht auf die mit dem beginnenden Verkehrsleben vielgestaltiger gewordenen Parteiinteressen und auf die Neueinführung der Mündlichkeit war eine genaue Festlegung aller Formen und Tätigkeiten nicht mehr angängig. Es mußte nun vieles der Regelung im einzelnen Prozesse selbst überlassen bleiben: und man hatte sich darüber schlüssig zu werden, wem die Entscheidung obliegen sollte. Wollte man ein Gleichgewichtsverhältnis von Gericht und Partei herstellen, so durfte man nicht die französischen Formen wählen, die das Hauptsächlichste der Parteiinitiative überlassen, sie nahezu als alleinige Triebskraft des Prozesses betrachten und dem Offizialinteresse des Staates an einer geordneten Rechtspflege zu wenig Rechnung tragen, da sie nicht berücksichtigen, daß die Rechtsschutztätigkeit aus dem Willen des Staates entspringt.

Man durfte aber auch nicht alles dem Gericht überlassen, wie dies die Allgemeine Gerichtsordnung getan hat, die das Interesse der freien Einzelpersönlichkeit und ihren Willen auf Mitbestimmung im Prozeß außer acht gelassen hat. Man mußte auch hier zu einer Verteilung der Funktionen gelangen, je nach der Natur der einzeln Prozeßhandlungen, wobei psychologische Gründe mitspielten. Die Verteilung, die die Prozeßordnung vorgenommen hat, ist demgemäß als bewährte Vermittlung zu bezeichnen. Doch hat die Prozeßordnung in Nachwirkung vernunftrechtlicher Ideen in einzeln Punkten zu Gunsten der freien Übereinkunft der Parteien das Offizialinteresse

---

Gesetzgebungen anderer Staaten berücksichtigt, die wohl dieselbe wieder eingeführt bezw. beibehalten hatten, da die Wissenschaft mit großer Mehrheit nach den preußischen Erfahrungen mit der Inquisitionsmaxime sich für die Verhandlungsmaxime ausgesprochen hatte. Aber über die Art und Weise der Durchführung hatten sie sich noch lange nicht von den Anschauungen der friderizianischen Epoche losgemacht.

des Staates zu wenig berücksichtigt[99])[100]). Hatte man aber auch teilweise den Parteien weitgehende Befugnisse eingeräumt, so hatte man doch dadurch, daß man wichtige Teile des Prozeßbetriebs der Prozeßleitung des Gerichts zuwies, das Offizialinteresse des Staates an einem gesunden Fortschreiten des Prozesses und einer nur der Gerechtigkeit dienenden Handhabung der Prozeßnormen gewahrt. Man war nicht von der falschen Voraussetzung, der Reinhaltung des richterlichen Amtes, wie der französische Prozeß, ausgegangen, da man erkannt hatte, daß es dort nicht Reinhaltung sondern nur Geschäftsentlastung war.

Der Bericht der Gesetzgebungskommission sagt über die prozeßleitende Gewalt des Richters: „ . . . . . indem man jene

[99]) Besonders in der II. Kammer wurde hauptsächlich auf die Freiheit der Parteien, deren übereinstimmender Wille im Privatrecht das höchste sei, abgehoben. So führte Duttlinger an: „Gleichwie im Zivilprozeß die Parteien gültige Verzichte über die Rechte selbst, um die es sich dort handelt, abschließen können, so müssen sie es aber auch können über einzelne Mittel, welche die Gesetzgebung vorgeschrieben hat, um jene Rechte geltend zu machen." Verh. der Bad. Landstände von 1831 II. Kammer Heft 28 S. 107. Das Offizialinteresse hatte allerdings auch seine Anhänger gefunden, die fürchteten, daß diese Freiheit der Parteien zur Willkür ausarten könne. So bemerkte der Abgeordnete von Itzstein, er wolle, daß das Gesetz herrsche, und nicht daß das Gesetz beherrscht werde. Verh. d. Bad. Landstände v. 1831 II. Kammer Heft 28 S. 89.

[100]) So liegt eine sehr starke Durchbrechung der staatlichen Rechtsschutztätigkeit in der Befugnis der Parteien, in Fällen, wo sie Schiedsrichter bestellen dürfen (in sämtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Ausnahme der familienrechtlichen Sachen) Richter der Tatsachen zu ernennen, wenn auf eine Beweiserhebung erkannt worden ist. Es ist hier wie auch schon im Entwurf von 1826 der als mißlungen zu geltende Versuch gemacht worden, Geschworene in den Zivilprozeß einzuführen, unter Verkennung des Umstandes, daß die Geschworenen hauptsächlich politische Bedeutung haben, und daher sich höchstens für den Strafprozeß eignen. Dabei überließ man noch die Wahl den Parteien.

Eine gleiche Preisgabe wichtiger Offizialinteressen liegt in der Bestimmung des § 37: „Die durch Prorogation begründete Zuständigkeit kann dem Gericht nur durch beider Parteien Zustimmung, durch diese aber in jeder Lage des Prozesses wieder entzogen werden."

Gewalt (die prozeßleitende) zum Schutze gegen willkürlichen Gebrauch durch genaue Vorschriften zu bestimmen suchte, nahm man gleichwohl keinen Anstand, dem Richter überall, wo der Natur der Sache keine festen Regeln gegeben werden können und die Auswahl des Zweckmäßigen in seinem eigenen Interesse liegt, diskretionäre Befugnisse zu erteilen.“ [101]) [102])

d. Schriftlichkeit und Mündlichkeit.

1. Einleitung.

Als das französische Prozeßverfahren diesseits des Rheins bekannt worden war, waren die augenfälligsten Punkte zunächst die Öffentlichkeit und Mündlichkeit. Man glaubte, daß diese der ganze Angelpunkt einer Reform des heimischen Verfahrens wären. Da man vorerst in ihnen das Allheilmittel für alle Gebrechen der Rechtspflege sah, so hätte man auf den freisinnigen Landtagen Badens von 1819 und 1822 jede Prozeßordnung angenommen, wenn sie nur Öffentlichkeit und Mündlichkeit enthielt [103]). Das Wort Mündlichkeit war zum Schlagwort geworden, ohne daß man sich über die Durchführung derselben klare Vorstellungen gemacht hätte, besonders da man sie oft mit der Öffentlichkeit vermischt und verwechselt hatte [104]). Bei einer Neuordnung der Prozeßordnung mußte sie aufge-

[101]) Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. 2 S. 65.

[102]) Der Brauersche Entwurf von 1811, der badische Entwurf von 1826 sowie die bayrischen Entwürfe von 1825 und 1827 haben in ähnlicher Weise eine Verteilung der Funktionen vorgenommen. Der bayrische Entwurf von 1831 hat jedoch einerseits dem Gericht zu wenig Bewegungsfreiheit und andererseits den Parteien, besonders durch Fallenlassen des Prozeßleitungsrechts außerhalb der mündlichen Verhandlung, zu große und das Offizialinteresse zu sehr beeinträchtigende Rechte in die Hand gegeben.

[103]) Verh. der Bad. Landstände von 1831, II. Kammer, Heft 17, S. 105, 111.

[104]) Feuerbach: „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege.“ Bd. 1 S. 195.

nommen werden, wenn dieselbe eine Reform sein wollte. Infolge der prozeßrechtlichen literarischen Diskussion der zwanziger Jahre, besonders infolge des bahnbrechenden Werkes Feuerbach's „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege" klärten sich dann die Anschauungen etwas, was dann in dem badischen Entwurf von 1826, in den 3 bayrischen Entwürfen und schließlich in der badischen Prozeßordnung von 1831 zum Ausdruck kam.

Wenn man ihr auch nicht mehr die ausschlaggebende Bedeutung bei einer Reform beimaß und daher die Kontroverse Mündlichkeit — Schriftlichkeit gegen das oben II 2a behandelte Fundamentalproblem etwas zurück treten ließ, so stand sie doch noch mit im Vordergrund des Interesses. Man hatte nun bestimmte Anschauungen über den Wert und die Tragweite einer mündlichen Verhandlung. So hatte man in ihr einerseits in der damaligen konstitutionellen Strömung ein Mittel erkannt, das zur Wahrung der staatsbürgerlichen Rechte dienen konnte, und andererseits sah man in ihr die einzige Möglichkeit, dem Gericht ein lebensfrisches Bild des Rechtsstreits zu geben. Man war sich nun bewußt, welchen Wert es hat, wenn die urteilenden Richter unmittelbar durch die Parteien selbst oder deren Vertreter alle Ansprüche, Behauptungen, Beweise etc. erfahren. So sagt der Bericht der Gesetzgebungskommission: „Wenn den Parteien die erteilte und benützte Befugnis, den urteilenden Richtern unmittelbar vorzutragen, was sie zur Begründung ihrer Anträge dienlich erachten, eine wohltätige Beruhigung gewähren muß, so wird durch diese Parteivorträge das Gericht auch am sichersten gegen die Gefahr jener Einseitigkeit bewahrt, welche so leicht einer Darstellung anklebt, die zugleich beide Seiten der Sachen beleuchten, und einen bestimmten Antrag nach der einen oder andern Seite begründen soll"[105]); und der Kommissionsbericht erstattet durch den Abgeordneten Rindeschwender drückt sich folgendermaßen aus: „Was aber alle Bedenklichkeiten gegen die Mündlichkeit unbedenklich löst, ist

[105]) Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung, Bd. 2, S. 71.

der unbestreitbare Satz, es darf einem Rechtssuchenden nicht benommen sein, als Partei vor den Richtern selbst aufzutreten und von ebendenselben Richtern, welche über ihn urteilen, unmittelbar selbst gehört zu werden“ [106]).

Während man aber hinsichtlich der zweckmäßigsten Art der Durchführung der Mündlichkeit in den andern deutschen Staaten, die bald dem Beispiel Badens folgten, noch im Versuchsstadium war, ist in Baden, dank der glücklichen Zusammensetzung der Gesetzgebungskommission, etwas das Ziel nahezu erreichendes geschaffen worden, wodurch den späteren Gesetzen, die die reine Mündlichkeit enthielten, der Weg gewiesen wurde.

Diese große gesetzgeberische Leistung ist dem festen Zielbewußtsein der Gesetzgebungskommission zu danken, die nicht nur, um den Volkswünschen Rechnung zu tragen, einen Versuch mit einer mündlichen Verhandlung unternehmen wollte, sondern von der Erkenntnis des Werts der Mündlichkeit durchdrungen, das Verfahren auf diese mitzubauen bestrebt war. Das Verfahren auf die mündliche Verhandlung allein zu gründen, vermochte man nach Berücksichtigung der verschiedenen in Betracht kommenden Interessen vorerst jedoch noch nicht. Vor allem war man sich darüber klar, daß man das französische Verfahren, welches das Prinzip der Mündlichkeit streng durchgeführt hatte, aber dem Prozeß keinen festen Punkt durch ein geeignetes schriftliches Vorverfahren gegeben hatte, nicht nach Baden übertragen konnte.

Man war sich einerseits bewußt, daß man eine Einrichtung, die in einem andern Lande mit andern Gerichtsverfassungsverhältnissen, mit einer andern Volksindividualität, mit einem hochstehenden, eine Tradition von Jahrhunderten pflegenden Anwaltstande [107]), mit einem gut ausgebildeten Subalternpersonal

[106]) Verhandlungen der Bad. Landstände von 1831, II. Kammer, Beil. Heft 9 S. 35.

[107]) Die kurze Unterbrechung während der großen Revolution, welche auch den Anwaltstand beseitigt hatte, hatte keine nachhaltige Wirkung auszuüben vermocht.

und sonstigen Grundbedingungen erprobt war, nicht ohne eine den Verhältnissen entsprechende Umbildung nach Baden verpflanzen konnte. Andererseits machten sehr beachtenswerte Stimmen auf das Wertvolle im eigenen bisherigen Verfahren aufmerksam. Man suchte daher eine gründlichere, schriftliche Unterlage, als sie das französische Verfahren hatte, beizubehalten, und man mußte es auch. Denn die Gründlichkeit und Regelmäßigkeit des Verfahrens, welcher Eigenschaften sich der obergerichtliche Prozeß rühmen konnte, wäre vorerst preisgegeben worden, wenn man die an das wissenschaftlich best bearbeitete gemeinrechtliche schriftliche Verfahren gewöhnten Richter und Anwälte und andererseits auch die Rechtssuchenden in vollkommen neue Verhältnisse gestellt hätte.

Um den verschiedenen Interessen Rechnung zu tragen, suchte man daher die Vorteile einer gründlichen, schriftlichen Unterlage mit den Vorteilen einer mündlichen Verhandlung zu verbinden.

2. Ziegler'scher Entwurf von 1826.

Das Verfahren vor den Kollegialgerichten zerfällt in das erste Verfahren und in das Beweisverfahren. Das erste Verfahren seinerseits ist wieder in ein Vorverfahren und in eine Schlußverhandlung zerlegt. Das Vorverfahren braucht nicht notwendig stattzufinden, da es nur da einzutreten hat, wenn das Gericht auf ein solches erkennt. Das Gericht kann dies anordnen, wenn die Sache zu weitläufig oder zu verwickelt erscheint, um sich sofort zur mündlichen Verhandlung zu eignen. Der Schriftenwechsel, der unter Gerichtsleitung stattfindet, kann bis zur Widerlegungsschrift des Beklagten (Duplik) ausgedehnt werden. Alle vorbereitenden Schriftsätze, in denen nach preußischem Muster Rechtsausführungen nicht enthalten sein dürfen[108]), müssen die Beweismittel angeben.

[108]) Man wollte damit dem im bisherigen schriftlichen Verfahren eingerissenen Übel steuern, daß die Schriftsätze Tummelplätze für weitläufige, juristische Spitzfindigkeiten und Verdrehungen der Anwälte wurden. Das Trennen der Rechtsausführungen von dem tatsächlichen Vor-

In der mündlichen Verhandlung, in der nicht notwendig alles Tatsächliche vorgetragen werden muß, ist die Anbringung neuer Tatsachen und neuer Beweismittel unbeschränkt zulässig.

Das Gericht schließt dieselbe, wenn es hinreichend unterrichtet ist, und nachdem es den Beklagten zuletzt gehört hat. Alles neue Tatsächliche, nebst einem Verzeichnis der Beweisstücke, muß in einer kurzen schriftlichen Note dem Gericht vorgelegt werden. Man wollte hierdurch das Protokoll einfacher gestalten. Wenn die Parteien nach den schriftlichen Vorverhandlungen auf dem zur mündlichen Verhandlung anberaumten Gerichtstage keine neuen Beweisstücke mehr vorzulegen haben, so kann das Gericht auf ihren gemeinschaftlichen Antrag oder aus eignem Ermessen der Zweckmäßigkeit schriftliche statt mündliche Rechtsausführung beschließen.

Das Beweisverfahren besteht aus der Beweisantretung, der Beweiserhebung und der mündlichen Verhandlung auf einem Gerichtstage.

Auch das Verfahren vor dem Einzelrichter besteht aus zwei Abteilungen, dem ersten Verfahren und dem Beweisverfahren, welch letzteres nach denselben Regeln wie das vor den Kollegialgerichten stattfindet.

Das erste Verfahren besteht in der Regel aus einer mündlichen Verhandlung. Doch kann in bestimmten Fällen auf Ansuchen des Beklagten schriftliches Vorverfahren und dann auch schriftliche Rechtsausführung gestattet werden.

In der mündlichen Verhandlung wird das Tatsächliche zu Protokoll genommen, wenn die Parteien das Tatsachenmaterial nicht in kurzen Noten vorlegen, oder wenn der Richter findet, daß sie dieses mit Klarheit nicht zu tun vermögen.

---

bringen war aber ein Mißgriff, da es häufig gar nicht möglich ist, die Tatsachen und die daraus abgeleiteten Anträge klar zu machen, wenn man nicht den rechtlichen Gesichtspunkt ausführt. Auch der bayr. Entwurf von 1827 verbot die Rechtsausführungen in den vorbereitenden Schriftsätzen.

3. Prozeßordnung von 1831.

α. Verfahren vor dem Einzelrichter.

Da nach dem Scheitern der Gerichtsverfassungsreform nahezu alle Erstinstanzsachen nicht nach dem zu allererst von der Gesetzgebungskommission als Normalprozeß gedachten Kollegialgerichtsprozeß behandelt wurden, sondern vor die Einzelrichter gewiesen wurden, so soll hier das Verfahren vor denselben zuerst behandelt werden.

Das Verfahren vor den Einzelrichtern besteht in der Regel aus zwei Abteilungen, deren eine das erste Verfahren und die andere das Beweisverfahren bildet. Das erste Verfahren zerfällt wieder in ein Vorverfahren und in eine Schlußverhandlung. Das Vorverfahren, das die völlige Ausmittelung des tatsächlichen Verhältnisses bezweckt, ist in der Regel mündlich. Unter mündlichem Verfahren ist das Verfahren zu Protokoll gemeint[109]). Obwohl man nun erkannt hatte, daß durch dieses Verfahren zu Protokoll den Reformwünschen nicht Rechnung getragen war, hat man gleichwohl für das Verfahren vor den Einzelrichtern, vor welchen die Parteien allein auftreten konnten, dasselbe für notwendig erachten zu müssen geglaubt. Trotz aller Betonung der Sicherheit der selbstständigen Rechtsstellung der Parteien im Prozeß ist man an der Tatsache stillschweigend vorbeigegangen, daß der Einfluß des Richters beim Verfahren zu Protokoll sehr groß ist.

Es hängt nun stets von der Wahl des Klägers ab, ob er die Klage, die eine vollkommene Geschichtserzählung zu enthalten hat, sowie die Rechtsgründe[110]) und die Angabe der

---

[109]) Die Prozeßordnung bezeichnet sowohl das Verhandeln zu Protokoll als auch die mündliche Verhandlung ohne nachheriges Protokollieren als mündlich.

[110]) Das Gesetz trennt zwischen Rechtsgründen und Rechtsausführungen. Dieser Unterschied ist nicht glücklich zu nennen. Denn die Anführung der Rechtsgründe wird meistens nicht genügen, um das Gericht und den Gegner zu informieren. Dazu sind die Grenzen zwischen Anführen des Rechtsgrundes und Ausführen desselben so unbestimmt, daß notwendigerweise Unsicherheit entstehen muß.

Beweismittel, sofern dieselben in Urkunden oder richterlichem Augenschein bestehen, enthalten darf, mündlich oder schriftlich vorbringen will. Wenn sie schriftlich eingereicht wird, kann sie dem Kläger zur Verbesserung zurückgegeben werden. Wird sie für zulässig erkannt[111]), so wird sie dem Beklagten mit Terminsanberaumung zugestellt. In der zur Verhandlung angesetzten Tagfahrt hat sich der Beklagte auf die Klage vollständig zu erklären und alle Einreden vorzutragen, ebenso der Kläger alle Repliken u. s. w. Wenn die Beantwortung neuen tatsächlichen Vorbringens in derselben Verhandlung nicht mehr geschehen kann, sowie wenn wichtige Gründe vorliegen, kann eine Vertagung eintreten. In der mündlichen Verhandlung können die Parteien, sofern sie nicht für die Rechtsausführung eine besondere Schlußverhandlung vorziehen, mit der Anbringung der Tatsachen ihre mündlichen Rechtsausführungen machen[112]). Der Richter darf das Fragerecht in dem oben bezeichneten Umfang ausüben, auch können die Parteien durch den Richter Fragen stellen. Die Vorträge der Parteien müssen ihrem tatsächlichen Inhalt nach samt den angeführten Rechtsgründen und den darauf gebauten Anträgen und Gesuchen durch einen verpflichteten Aktuar zu Protokoll nieder geschrieben werden. Auf Begehren beider Parteien kann schriftliches Verfahren eintreten, ebenso auf Antrag einer Partei, wenn der Richter dasselbe mit Rücksicht auf die Verwicklung der Sache oder auf die Kosten für zweckmäßig hält. Die andere Partei kann jedoch in diesem Fall mündliches Verfahren für ihre eigenen Vorträge beibehalten. Endlich können die Parteien übereinkommen, daß nur Klage und Einwendung schriftlich

---

[111]) Aus bestimmten Gründen kann der Richter die Ladung versagen, so auch, wenn die Klage nach dem eigenen Vortrag des Klägers rechtlich nicht schlüssig ist.

[112]) Der § 333 spricht zwar bloß von Rechtsausführungen, welche nicht sowohl dazu dienen sollen, die Rechtsgründe einfach anzugeben, als sie gegen Anfechtungen sicher zu stellen und zu verteidigen. Es ist jedoch hierunter nichts anderes als die üblichen Rechtsausführungen zu verstehen.

vorgetragen werden. Ist das tatsächliche Streitverhältnis durch das mündliche oder schriftliche Vorverfahren festgestellt, so bestimmt der Richter auf Verlangen einer oder beider Parteien eine besondere Tagfahrt zum mündlichen Vortrage der Rechtsausführungen. Neues tatsächliches Vorbringen ist nicht mehr erlaubt; die mündlichen Rechtsausführungen werden niemals zu Protokoll niedergeschrieben. Es kann jedoch auf diese mündliche Rechtsausführung verzichtet werden. In bestimmten Fällen können die Rechtsausführungen auch schriftlich geschehen.

Ist das erste Verfahren mit oder ohne Rechtsausführung geschlossen, so wird, wenn die Streitsache noch nicht für das Urteil reif ist, sondern wenn noch erhebliche Tatsachen zwischen den Parteien streitig sind, durch das Beweiserkenntnis das Beweisverfahren eröffnet, das auch aus einem Vorverfahren (Beweisantretung, Beweiseinreden, Beweiserhebung) und einer mündlichen Schlußverhandlung (Beweisanfechtung und Beweisausführung) besteht.

Fragen wir uns nun, ist durch diese Regelung den Wünschen Rechnung getragen worden, so muß die Antwort notwendigerweise nein lauten. Mündliche Verhandlung, wie sie erstrebt war, d. h. ohne nachheriges Protokollieren, war nur in dem mündlichen Anhängsel, der Schlußverhandlung für die Rechtsausführungen, durchgeführt. Rindeschwender sagt nun zwar in seinem Kommissionsbericht[113]): „Ferner ergibt sich aus dieser Zusammenstellung, daß sich zwar die neue Prozeßordnung an den bisherigen Rechtsgang gewissenhaft anschließt, daß sie jedoch vor diesem den nicht hoch genug anzuschlagenden Vorzug voraus habe, den Parteien die mündliche Ausführung ihrer Rechte als Schlußverhandlung zu gestatten.“ Er übersah[114]) hierbei, daß der Hauptzweck einer mündlichen Ver-

[113]) Verh. der Bad. Landstände von 1831, II. Beil., Heft 9 S. 43.

[114]) Denselben Irrtum verriet der bayr. Entwurf von 1827. Der Kommissionsbericht des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten sagt hierüber S. 131: „Im schriftlichen Vorverfahren soll nur das vorkommen, was als Vorbereitung und Grundlage des öffentlichen

handlung ist und bleibt, dem Gericht ein lebensfrisches und wahres Bild des Streitverhältnisses, d. h. des Tatsachenmaterials zu geben, und gerade hierauf erstreckte sich die Tagfahrt für mündliche Rechtsausführungen nicht. Es ist also im Wesentlichen keine Änderung in der Verfahrensform vor den Untergerichten eingetreten [115]).

β. Verfahren vor den Kollegialgerichten.

Eine glücklichere Hand hatte man mit der Einführung der Mündlichkeit vor den Kollegialgerichten. Nur hier hatte man den Versuch gemacht, die Mündlichkeit im eigentlichen Sinne einzuführen. Auch das Verfahren vor den Kollegialgerichten zerfällt wieder in das erste Verfahren und in das Beweisverfahren. Das erste Verfahren ist wieder seinerseits in ein Vorverfahren und in eine Schlußverhandlung zerlegt. Das Vorverfahren besteht aus einem obligatorischen vorbereitenden Schriftenwechsel unter Gerichtsleitung [116]) zur Information des Gerichts und der Gegenpartei über das Tatsächliche des Rechtsstreits. Rechtsausführungen sowie Angabe anderer Beweismittel als Urkunden und richterlicher Augenschein sind nicht gestattet. Die Klagschrift, die eventualissime alle Fakta enthalten muß, wird bei dem Gericht eingereicht, das sie nach einer Prüfung dem Beklagten zur schriftlichen Beantwortung

---

Verfahrens notwendig ist, also die Angabe der Tatumstände und die rechtlichen Anträge und Einwendungen. Die Allegierung der Gesetze und Rechtsgrundsätze ist nichts Notwendiges, die förmliche Rechtsausführung im schriftlichen Vorverfahren ganz überflüssig. Wenn sie da schon vorkömmt, wozu soll noch die Audienz dienen."

[115]) Nach dem Zeugnis Mittermaiers in seinem Aufsatze: „Die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Zivilprozeßgesetzgebung und die Grundrichtung in derselben" im Arch. f. ziv. PraxisBd. 32 S. 277 wurde von dem Verfahren zu Protokoll mit mündlicher Rechtsausführung wenig Gebrauch gemacht, da bei den meisten Ämtern das Verfahren bald schriftlich wurde.

[116]) Die gerichtliche Prüfung der Schriftsätze fand man im Interesse der Vollständigkeit und Klarheit des als Grundlage des ganzen Verfahrens dienenden schriftlichen Vorverfahrens nötig.

mitteilt. Im Falle des Vorliegens von Mängeln kann sie vom Gericht an den Kläger zur Verbesserung zurückgewiesen werden. Trotz aller sonstigen Bestrebungen, die Freiheit der Parteien nicht zu verkümmern, glaubte man auch hier der Eventualmaxime nicht entraten zu können, um Prozeßverschleppungen zu vermeiden, und um das Verfahren nicht verwickelt zu gestalten. Der Beklagte muß daher die Klage vollständig beantworten und alle seine Einreden vortragen [117]). Zum Ausgleich der Härten der Eventualmaxime hat man das beneficium novorum in der Appellationsinstanz mit einigen durch die Natur der Sache begründeten Ausnahmen beibehalten [118]). Mit der infolge der Eventualmaxime als vollständig gedachten Klagschrift und der Exzeptionsschrift schien eine hinreichende Grundlage geliefert und konnte in der Regel das Vorverfahren abgeschlossen werden, so daß dasselbe nicht bis zur völligen Ausmitteilung des status causae et controversiae fortgesetzt zu werden brauchte. Man war sich bewußt, daß man mit der Einführung einer mündlichen Verhandlung nicht mehr das ganze gemeinrechtliche schriftliche Verfahren als Vorverfahren beibehalten konnte, wenn man nicht ein aus zwei Verfahren sich zusammensetzendes Verfahren konstruieren wollte, wie es z. B. der bayr. rev. Entwurf von 1827 vorsah. Nach seinem eigenen Ermessen kann das Gericht weitere schriftliche Verhandlung anordnen, wenn es dies wegen der Beschaffenheit des Falles für notwendig hält. Für jeden einzelnen Fall wird ein Gerichtsmitglied als Respizient aufgestellt, der sich mit dem ganzen Prozesse vertraut zu machen hat, und der auch den Urteilsvorschlag machen soll. Ist das Vorverfahren abgeschlossen, so wird Termin zur mündlichen Schlußverhandlung, die

---

[117]) Nach § 308 können nur solche Einreden, durch welche der Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens gerügt wird, auch später noch bis zum Endurteil in jeder Lage des Rechtsstreits vorgetragen werden.

[118]) Die vorläufige Verordnung von 1752 hatte dasselbe eingeführt, und die Obergerichtsordnung von 1803 hatte dasselbe übernommen.

die Regel bildet, anberaumt. Erst durch dieselbe sollten die einzeln Gerichtsmitglieder Kenntnis des ganzen Streitverhältnisses und durch die frischen Züge derselben zugleich ein wahrheitsgetreues Bild des Rechtsstreits erhalten. Um das eventuell nicht vollständige Vorverfahren zu ergänzen, dürfen in bestimmten Grenzen die Repliken, und da wo Repliken vorgebracht sind, die Dupliken, sowie die Beweismittel dazu, endlich Verbesserungen und Nachträge unter den in den § 344—49 (Klagänderung) enthaltenen Beschränkungen vorgebracht werden. Dieses neue Vorbringen ist vor oder in der Sitzung selbst durch schriftliche Rezesse zu den Akten zu bringen, und in Abschrift der Gegenpartei zu übergeben. Um Unvollständigkeiten, Unrichtigkeiten, Undeutlichkeiten aufzuklären, hat der Richter sowie die Parteien durch den Richter das oben beschriebene Fragerecht. Endlich können in der Schlußverhandlung die Rechtsausführungen allein vorgebracht werden.

Die Protokollierung ist in dieser mündlichen Verhandlung in maßvoller Weise durchgeführt. Das Protokoll enthält zunächst die Formalien, die Bemerkung der gehaltenen Vorträge, alle Beschlüsse des Gerichts und weiter die Aufzeichnung aller derjenigen Punkte, deren Protokollierung das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen verordnet, was der für den betr. Fall nach § 1121 für den Urteilsvorschlag ernannte Respizient zu veranlassen hat. Jede Partei hat das Recht zu verlangen, daß die in der Gerichtssitzung zu ihrem Vorteile gemachten Eingeständnisse oder tatsächlichen Erklärungen der Gegenpartei in das Gerichtsprotokoll aufgenommen werden. In das Protokoll sind auch die Fragen des Richters, wenn derselbe von seinem Fragerecht Gebrauch macht, die Antworten der Parteien, sowie die Zeugen- und Sachverständigen-Aussagen aufzunehmen.

Trotz aller Bestrebungen nach Gründlichkeit hat jedoch die Prozeßordnung die Fertigung eines schriftlichen Referats oder eines Tatbestands im Regelfall nicht vorgeschrieben, die doch allein Rechenschaft darüber abzugeben vermögen, ob der

Richter auch alles Vorgebrachte in objektiver Weise berücksichtigt hat[119]) [120]).

Ein schriftlicher Vortrag über das Streitverhältnis findet lediglich statt, wenn im Verfahren vor den Kollegialgerichten die Parteien auf alle weitere mündliche Verhandlung verzichten, oder im Verfahren vor dem Einzelrichter, wenn schriftliche Rechtsausführungen gewählt werden. Wenn ein schriftlicher Vortrag stattfindet, so ist er in öffentlicher Sitzung zu erstatten und darf keinen Antrag des Referenten enthalten. Um auf etwaige im Vortrag wahrgenommene Unvollständigkeiten oder Irrtümer aufmerksam machen zu können, steht den Parteien das Recht zu, unmittelbar nach erstattetem Vortrag dem Gericht schriftliche Bemerkungen zu überreichen.

Sind nun nach Schluß der mündlichen Verhandlung noch erhebliche Tatsachen streitig geblieben oder nicht vollständig erwiesen worden, so wird ähnlich wie im Verfahren vor dem Einzelrichter durch das Beweiserkenntnis das Beweisverfahren eröffnet, das sich auch hier in ähnlicher Weise gliedert. Man hatte hier also noch am Reihenfolgeprinzip festgehalten.

Sowohl bei den Untergerichten als auch bei den Kollegialgerichten ist unter bestimmten Voraussetzungen noch ein abgekürztes Prozeßverfahren zugelassen, das sich vom ordentlichen Prozeßverfahren hauptsächlich darin unterscheidet, daß in ihm das Reihenfolgeprinzip verlassen ist, und daß somit der Beweis sofort mit dem Vorbringen der Tatsachen angetreten werden muß.

Weiter sah die Prozeßordnung von 1831 noch einige besondere summarische Prozeßarten (Urkundenprozeß, Besitzprozeß etc.) vor.

Werfen wir noch einmal einen Rückblick auf das Verfahren

---

[119]) Ein Bericht des Oberhofgerichts an das Justizministerium vom 22. Juni 1833 beklagte sich sehr über das Fehlen des sich so vorteilhaft bewährten Instruktivvotums der Obergerichtsordnung.

[120]) Ein schwacher Ersatz kann in der neueingeführten mündlichen Bekanntgabe der Entscheidungsgründe gefunden werden. Der Entwurf von 1826 hatte hingegen einen vollständigen Tatbestand vorgesehen.

vor den Kollegialgerichten, so ist zu sagen, daß das Princip der Schriftlichkeit zwar noch in gewissem Sinn besteht, da als hauptsächlichste Urteilsunterlage das schriftlich Beurkundete gilt, das die wesentlichen tatsächlichen Ausführungen und die Anträge zu enthalten hat. Es ist aber auch der mündlichen Verhandlung, der die spezielle Darlegung und die nähere Ausführung des schriftlich Niedergelegten und die Rechtsausführungen vorbehalten sind, und in der in gewissen Grenzen noch Nova vorgetragen werden dürfen, selbstständige Bedeutung für das Urteil beigelegt worden. Es haben also prinzipiell Schriftlichkeit und Mündlichkeit nebeneinander Geltung, und es konnte sich durch diese Art der Regelung die mündliche Verhandlung in der Weise gestalten, wie sie erstrebt war, und die auf sie gesetzten Hoffnungen verwirklichen.

Ist auch in den ersten Jahren nach der Einführung der Prozeßordnung von der Befugnis des § 336, statt mündlicher schriftliche Rechtsausführung zu wählen, sehr oft Gebrauch gemacht worden, da man sich zunächst in den so sehr veränderten Verhältnissen noch nicht recht bewegen konnte, so ist doch seit Mitte der dreißiger Jahre selten auf die mündliche Verhandlung verzichtet worden[121] 122). Von dieser Zeit an

121) Sowohl das Oberhofgericht wie die Hofgerichte berichteten im Jahr 1833 an das Justizministerium, daß der § 336 den Anwälten zu viel Spielraum gäbe, und daß das schriftliche Verfahren nahezu die Regel bilde. Sie beantragten daher, es in das Ermessen des Richters zu stellen, ob schriftliche Rechtsausführung stattfinden solle. In den im Jahr 1836 auf Aufforderung des Justizministeriums erstatteten gutachtlichen Äußerungen über hervorgetretene Mängel der Prozeßordnung wurden jedoch keine diesbezüglichen Klagen mehr erhoben.

122) Der Verfasser stellte an Hand von Prozeßakten fest, daß in 15 Fällen, die vor dem Hofgericht in Freiburg von Mitte der dreißiger bis Mitte der vierziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in der Appellationsinstanz verhandelt wurden, nur 1 mal auf die mündliche Verhandlung verzichtet worden ist. Ebenso wurde in 10 Prozessen aus demselben Zeitraum, von denen 8 vor dem Hofgericht in Freiburg in erster Instanz und 2 vor dem Oberhofgericht in zweiter Instanz verhandelt wurden, nur 1 mal vor dem Hofgericht auf die mündliche Verhandlung verzichtet, während sie in allen übrigen Fällen im Protokoll beurkundet ist.

fand die für die damaligen Verhältnisse als vollkommen gelungen zu bezeichnende Art der Durchführung der Mündlichkeit in der badischen Prozeßordnung sowohl von Seiten der Praktiker als auch der Theoretiker volle Anerkennung. So führte der Abgeordnete der zweiten Badischen Kammer, Hofgerichtsrat Aschbach, in seinem Kommissionsbericht über den Gesetzentwurf wegen Abänderung der Prozeßordnung am 26. Juni 1837 folgendes aus: „Wie heilsam aber die Ausdehnung des mündlichen Verfahrens in dem Prozeßgang wirkt, besonders durch die Einführung von mündlichen Rechtsausführungen, das hat die Erfahrung über allen Zweifel bewiesen. Weit schneller kommen jetzt die Prozesse zur Erledigung, und in den meisten Fällen folgt das Urteil gleich auf die Schlußverhandlung, während sonst zwischen dieser und dem Urteil oft ein jahrelanger Zeitraum lag. . . . . Aber nicht nur größere Schnelligkeit sondern auch größere Sicherheit des Rechts verbürgt diese Mündlichkeit.“ [123])

Auch Mittermaier berichtet im Jahre 1836: „Die Zahl der mit Vorurteilen gegen die neue Einrichtung erfüllten Praktiker nimmt täglich ab, und die Gegner verwandeln sich in lauter Freunde.“[124]) Und selbst noch im Jahre 1850 preist der hessische Hofgerichtsrat Gerau in einem Essay „Über die Ausführung des Prinzips der Mündlichkeit im bürgerlichen Prozeß“ die badische Art der Durchführung der Mündlichkeit als die beste [125]).

γ Verhältnis zu andern deutschen Staaten.

αα. Preußen.

Auch andere deutsche Staaten mußten dem allgemeinen Verlangen nach Einführung der Mündlichkeit nachkommen und

[123]) Verhandlungen der Bad. Landstände II. Kammer von 1837 Beil. Nr. 1. Zum Protokoll der 48. öffentl. Sitzung vom 26. Juni 1837.

[124]) Mittermaier: „Über die Ergebnisse der legislativen Tätigkeit in bezug auf Zivilprozeßgesetzgebung und Gerichtsorganisation seit 1834.“ A. f. c. Pr. Bd. 19 S. 442—443.

[125]) Archiv f. civil. Praxis Bd. 34 S. 97.

Neuerungen des prozessualen Verfahrens nicht zuletzt auch in dieser Richtung vornehmen. Es fielen aber im Allgemeinen die Versuche weit weniger günstig aus als in Baden. Während der eine Staat zu viel Elemente des alten Verfahrens beizubehalten suchte, so plante ein anderer eine für deutsche Verhältnisse viel zu radikale Reform; es ist daher in der damaligen Zeit ein günstiges Resultat nur in Baden erreicht worden.

Unter den Staaten, die ganz zaghaft an die Reform gegangen waren, befand sich Preußen. Man veranstaltete hier keine grundsätzliche Umarbeitung des Prozeßverfahrens, sondern regelte durch eine Novelle das Verfahren nur für bestimmte Arten von Streitsachen neu, wobei allerdings die weitaus meisten Fälle mitbetroffen wurden. Diese Regelung fand, wie schon oben bemerkt, in der Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozeß statt. Es konnten nach § 7 der Novelle auf den übereinstimmenden Antrag der Parteien hin auch andere als die im Gesetz bezeichneten Sachen nach ihren Formen verhandelt werden.

Man war einerseits wieder zu gemeinrechtlichen Gedankengängen zurückgekehrt, und hatte andererseits den Volkswünschen durch einen Versuch, eine mündliche Verhandlung einzuführen, wodurch man jedoch an dem Charakter des Verfahrens als schriftlichen nichts änderte, Rechnung getragen.

Im Verfahren vor den Kollegialgerichten hat eine Vorbereitung durch Schriftwechsel unter Leitung eines Gerichtsdeputierten oder durch unmittelbare Verhandlung zu Protokoll vor diesem stattzufinden. Der Schriftenwechsel erstreckt sich nur auf die Klag- und die Beantwortungsschrift und darf im Gegensatz zum badischen Verfahren Rechtsausführungen enthalten. Nachdem diese schriftliche Grundlage gegeben ist, wird Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt. Auf die mündliche Verhandlung können jedoch die Parteien gemeinsam verzichten. In den Fällen, in denen sie stattfindet, wird zu Beginn der Sitzung ein mündlicher Vortrag, der der Berichtigung durch die

Parteien unterliegt, seitens des Gerichtsdeputierten erstattet[126]). Es taucht darin der status causae et controversiae der Allmeinen Gerichtsordnung wieder auf. Im mündlichen Termin können die Parteien ihre Sache entweder selbst oder durch einen bevollmächtigten Justizkommissar vortragen. Auf Verlangen kann der Partei ein Beistand zugeordnet werden.

Bei Gerichten, welche nur mit einem oder zwei Richtern besetzt sind, sowie bei allen Gerichten, wenn Bagatellsachen[127]) in Frage kommen, wird der Termin zur Klagbeantwortung zugleich für die weitere mündliche Verhandlung anberaumt. Dieselbe entspricht ganz dem Instruktionstermin in einfachen Fällen nach der Allgemeinen Gerichtsordnung. Nach beendigter Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen, welches das Sachverhältnis, die Streitpunkte und die Anträge der Parteien nur im Resultat enthält.

ββ. Bayern.

Weiter als Baden und Preußen ging Bayern in seinem Entwurf von 1831 hinsichtlich der Einführung der Mündlichkeit im ordentlichen Verfahren[128]). Während der Entwurf von 1825 und der revidierte Entwurf von 1827[129]) ein zu ausgedehntes

---

[126]) Da in der mündlichen Verhandlung nur in ganz engen Grenzen noch Nova vorgebracht werden durften, so mußte das die Verhandlung einleitende Referat in den Parteien notwendig den Eindruck hervorrufen, daß sie einem bereits fertigen Urteil gegenüberstanden, woraus zu erklären ist, daß die mündliche Verhandlung, sofern sie überhaupt stattfand, nach dem Zeugnis der überwiegenden Mehrheit zu einer Scheinverhandlung wurde.

[127]) Für die Bagatellsachen werden vor den Kollegialgerichten wie in Baden einzelne Kommissare ernannt.

[128]) Das ordentliche Verfahren war das Verfahren vor den Kollegialgerichten.

[129]) Der Entwurf von 1827 schrieb nach französischem Muster (Friedensgerichte) sogar noch ein weiteres Vorstadium des Prozesses vor, indem der § 112 anordnete: „Keine zum ordentlichen Prozeß geeignete Klage darf von den Gerichten angenommen werden, wenn nicht zugleich bei der Klagübergabe durch ein Zeugnis nachgewiesen ist, daß entweder beide Parteien sich vorher freiwillig beim Vermittlungsamt zum

schriftliches Vorverfahren durchgeführt hatten[130]), so daß der Prozeß eigentlich zweimal zur Verhandlung gekommen wäre, — im schriftlichen Vorverfahren, das bis zur völligen Ausmittelung des status causae geführt wurde und in der mündlichen Schlußverhandlung, die keine Nova mehr zuließ — so war nach dem Entwurf von 1831 das Vorverfahren zu mangelhaft, als daß es dem Verfahren einen festen Punkt hätte geben können. Derselbe nähert sich ganz dem französischen Vorbilde mit seiner Tendenz, die mündliche Verhandlung allein zur Grundlage des Prozesses zu machen. Er sieht außergerichtlichen Schriftenwechsel (Klag- und Antwortschrift) von Anwalt zu Anwalt vor, wobei also die Schriftsätze keiner Prüfung durch das Gericht unterliegen. Sind Klag- und Antwortschrift gewechselt, oder ist eine Antwortschrift gar nicht zugestellt worden, so bleibt es dem Anwalt des Klägers überlassen, ob und wann er die Streitsache auf die Audienzrolle bringen will, wobei dann die gewechselten Schriften auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden müssen. In der nun folgenden mündlichen Verhandlung[131]) ist das ganze Tatsachenmaterial vorzutragen. Es können noch Abweichungen von dem in den vorbereitenden Schriftsätzen Vorgebrachten stattfinden und noch neue tatsächliche Anführungen gemacht werden. Es hat aber diejenige Partei, die von diesem Recht Gebrauch macht, die entstehenden Kosten zu tragen, falls dadurch neue Verhandlungen und Sitzungen nötig werden. Es ist in diesem Verfahren der Schwerpunkt in die mündliche Verhandlung verlegt. Doch hätte dieselbe infolge des mangelhaften Vorverfahrens in dem bisher

Versuch der Sühne gestellt haben, oder der Kläger den Beklagten vor dasselbe fordern ließ." Eine höchst bedenkliche Maßregel, da sie zu Beginn des Prozesses vorgeschrieben war und nur zu Verzögerungen hätte führen müssen. Überdies mußte der Richter während des Verfahrens noch einmal einen Vergleichsversuch machen.

[130]) Auf ausdrücklichen Wunsch der Parteien konnte ausnahmsweise Verhandlung zu Protokoll Platz greifen.

[131]) In schwierigen und verwickelten Fällen kann das Gericht schriftliche Verhandlung anordnen. In Rechnungsprozessen mußte es auf solche erkennen.

an das schriftliche Verfahren gewöhnten Bayern keinen großen Erfolg versprechen können[132]).

Nach Schluß des ersten Verfahrens findet nach diesem Entwurf das Beweisverfahren statt. Während nach dem Entwurf von 1825 und 1827 vor dem Beweisverfahren keine mündliche Verhandlung stattfindet, schließt sich also nach dem Entwurf von 1831 das Beweisverfahren, ähnlich wie in Baden, erst an eine mündliche Verhandlung des Tatsächlichen an.

e. Öffentlichkeit.

Im Zusammenhang mit der Einführung der Mündlichkeit stand, wie schon erwähnt, die Einführung der Öffentlichkeit des Verfahrens. Sie war es, die damals neben der Mündlichkeit von dem nun auf dem Boden konstitutioneller Rechte stehenden Volke am stürmischten begehrt wurde. Auch Feuerbach, der im Gegensatz zu einer großen Strömung, die den französischen Prozeß als Idealprozeß ansah, nur das Wertvolle desselben nach Deutschland verpflanzt wissen wollte, kämpfte sehr für die Übernahme der Öffentlichkeit. Die Worte des ehrwürdigen Freiherrn v. Drais, der nachzuweisen versuchte, daß durch unsere teutsche Art der Öffentlichkeit und durch unsere Referate samt deren Kontrollen mehr Garantien für die Tüchtigkeit der einzeln Richter und für die Gründlichkeit der Rechtserörterung geboten sei, verhallten in der Reformbewegung. Man sah eben nur in der Öffentlichkeit, wie sie Frankreich durchgeführt hatte, ein Mittel, das Pflichtgefühl und das Verantwortlichkeitsbewußtsein der Richter und der Anwälte zu heben. Andererseits schien auch nur sie eine Garantie für die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens und für die Wahrung der staatsbürgerlichen Rechte zu bieten, so daß nur auf diese Weise

[132]) Nach diesem Entwurf war ein status causae nur noch im schriftlichen Verfahren, wenn solches stattfand, zu fertigen, während die Entwürfe von 1825 und 1827 einen solchen allgemein, und zwar bei mündlichen Verhandlungen, als diese einleitend, vorsahen.

Vertrauen zur Rechtspflege begründet werden konnte. Weiter hatte man in ihr ein vorzügliches Mittel erkannt, den Anwaltstand auf die Stufe zu heben, die ihn ermöglichte, den an ihn gestellten Anforderungen zu genügen. Schließlich versprach man sich noch einen moralischen Erfolg von der Öffentlichkeit.

Der Entwurf von 1830 sah die unbeschränkte Öffentlichkeit nur für die Verhandlungen vor den Kollegialgerichten vor, und auch hier konnte sie — abgesehen von Ehe- und Kindschaftssachen, wo sie auf Ansuchen einer Partei ausgeschlossen werden mußte — in konsequenter Durchführung der teilweise einseitig aufgefaßten Doktrin von der Verfügungsfreiheit der Parteien über ihre Streitsache auf den Antrag beider Parteien ausgeschlossen werden[133]).

Für die Untergerichte bestand die Öffentlichkeit nur insoweit, als den Parteien erlaubt wurde, sich einen oder mehrere Begleiter zu wählen. Die zweite Kammer beschloß jedoch nahezu einstimmig, die Öffentlichkeit auch vor den Untergerichten zuzulassen. Wenn man die technischen Schwierigkeiten (zu kleine Amtsstuben und Interesse an der Ungestörtheit gerichtlicher Funktionen) auch nicht verkannte, so glaubte man doch aus den oben bezeichneten Gründen von diesem Beschluß nicht Umgang nehmen zu können. In richtiger Erkenntnis, daß hinsichtlich der Öffentlichkeit nicht lediglich ein privates Interesse der Parteien besteht, sondern ein Interesse der Gesamtheit im Sinn einer guten und gerechten Erfüllung der Rechtspflege vorliegt, ließ man nach dem Vorschlag der Majorität der Kommission nach heißem Kampf auch noch die Bestimmung, die die Verfügungsfreiheit der Parteien über die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Verfahrens vorsah, fallen.

---

[133]) Der Entwurf von 1826 sah die unbeschränkte Öffentlichkeit vor sämtlichen Gerichten vor. Doch mußte sie auch hier — abgesehen von Ehesachen und Fällen, wo die Sittlichkeit gefährdet werden konnte — auf den übereinstimmenden Antrag der Parteien ausgeschlossen werden.

[134]) Viel reservierter zeigte sich Preußen hinsichtlich der Einführung der Öffentlichkeit. Es ließ nur ganz bestimmte Personen zu den

f. Beweis.

α. Einleitung.

Zum Schlusse sind noch die Garantien, die die Prozeßordnung hinsichtlich der Ausbeutung des Beweismaterials bot, zu behandeln. Auch hier ist die Prozeßordnung von 1831, wie der Entwurf von 1826, ein Zeichen des Übergangs. Die strengen Regeln, die der gemeine Prozeß damals noch aufwies, und die zwar den Parteien ein sicher vorauszuberechnendes Ergebnis versprachen, aber wegen ihrer formalistischen Strenge oft den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht wurden, so daß oft kein wahres Bild des Streitverhältnisses erreicht werden konnte, sind teilweise verlassen. In dem Streben, die Freiheit der Parteien gegen allzu große Macht des Richters zu wahren und die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu garantieren, hat man sich noch nicht zu einer umfangreichen Durchführung der freien

---

Verhandlungen zu, so daß von einer eigentlichen Öffentlichkeit des Verfahrens nicht die Rede sein konnte. Es durften nämlich nur die bei dem Gericht angestellten richterlichen Beamten, Referendarien, Auskultatoren und Justizkommissare sowie die Parteien, die sich jedoch einen oder mehrere Beistände wählen durften, in der Verhandlung anwesend sein. Sämtliche bei der Sache nicht beteiligten Personen mußten sich jedoch entfernen, sobald eine der Parteien darauf antrug oder das Gericht aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit dies für angemessen fand. Diese geringe Zulassung der Öffentlichkeit bedeutete immerhin gegenüber der Allgemeinen Gerichtsordnung einen großen Fortschritt, da diese nicht einmal absolute Parteienöffentlichkeit gekannt hatte.

Auch Bayern zeigte in bezug auf die Öffentlichkeit noch nicht die moderne Auffassung wie Baden. Der Entwurf von 1825 sah überhaupt nur Parteienöffentlichkeit vor und gestattete den Parteien nur Akteneinsicht nach Aussonderung der Referate. Die Entwürfe von 1827 und 1831 sahen zwar die volle Öffentlichkeit für die Verhandlungen vor allen Gerichten vor, schließen aber, in veralteter Anschauung über die rechtliche Stellung der Frau, noch Frauen und Kinder aus. Auch kann außer einigen durch die Natur der Sache begründeten Ausnahmen (Ehesachen etc.) noch in Sachen, in welchen eine oder beide Parteien dem Gericht wahrscheinlich machen, daß ihnen aus der öffentlichen Verhandlung der Sache bedeutender Nachteil erwachsen würde, nach Vernehmung des Gegenteils und des Staatsanwalts die Öffentlichkeit durch Gerichtsbeschluß ausgeschlossen werden.

Beweiswürdigung aufschwingen können. Der Entwurf von 1826 enthielt zwar die Bestimmung: Wo die Gesetze nichts über den Wert bestimmen, der den einzelnen Beweisarten beizulegen ist, hat der Richter zu beurteilen, ob sie in dem einzeln Fall Überzeugung der Wahrheit der zu beweisenden Tatsachen gewähren. Aber gerade hinsichtlich der Würdigung der häufigsten Beweisart, des Zeugenbeweises, enthielt er noch gesetzliche Bestimmungen.

Im allgemeinen ist aber zu sagen, daß die Prozeßordnung von 1831, in ihrer zusammenhängenden Regelung, in der sie öfters die Beweisbestimmungen des Landrechts modifizierte, mehrfach schöpferisch gewirkt hat.

β. Beweiserkenntnis.

Während nach dem Entwurf von 1826 der Beweis schon im ersten Verfahren angetreten werden muß, wird nach der Prozeßordnung von 1831 das Beweisverfahren erst durch ein richterliches Dekret[135]), das Beweiserkenntnis, eingeleitet. Das letztere war lediglich eine prozeßleitende Verfügung, nachdem man, ganz dem Zuge der deutschen Partikulargesetzgebung folgend, das bedingte Endurteil des deutschen Mittelalters fallen hatte lassen. Schon die Obergerichtsordnung hatte sich in diesem Sinne entschieden, und in denselben Bahnen wandelte der Entwurf von 1826, nach welchem ein nicht appellables Zwischenurteil, an welches der Richter bei der Endentscheidung nicht gebunden ist, die Cäsur herbeiführte. In Nachwirkung vernunftrechtlicher Ideen hatte man jedoch den Parteien überlassen, durch Übereinkunft zu bestimmen, was zu beweisen ist, und wer zu beweisen hat; kommt eine solche Übereinkunft zustande, so hat das Zwischenurteil nur die Benennung der Personen, des Streitgegenstandes und die Bestimmung der Beweispunkte zu enthalten, während es sonst förmlicher abgefaßt sein muß. Aber auch nach Erlassung des Zwischenurteils ist das Vor-

135) Nur hinsichtlich Urkunden und richterlichem Augenschein ist Beweisanticipation zugelassen.

bringen neuer Beweise noch zulässig. Auch die Prozeßordnung von 1831 bestimmt ebenfalls, daß kein Rechtsmittel gegen das Beweiserkenntnis, das in Urteilsform erlassen wird, stattfindet. Es ist also nicht der Rechtskraft fähig. Dagegen steht es den Parteien offen, die Statthaftigkeit der Beweisauflage in der nämlichen Instanz oder nach erfolgtem Endurteile in der höhern Instanz anzufechten, und weder die Antretung des Beweises noch die Unterlassung kann ihnen in dieser Hinsicht zum Nachteile gereichen. Auch ist der Richter befugt, bei Fassung des Endurteils von der dem Beweiserkenntnis zu Grunde liegenden Ansicht wieder abzugehen, um einer anderen Überzeugung zu folgen, oder wenn er im Laufe des Beweisverfahrens eine Änderung in der Beweisauflage für nötig hält, mit Unterbrechung der weitern Verhandlung auf diese zu erkennen.

γ. Beweiserhebung.

Für die Beweiserhebung sah die Prozeßordnung von 1831, wie auch schon der Entwurf von 1826, das Unmittelbarkeitsprinzip als Regel vor. Doch sind nach der Prozeßordnung von 1831 die Fälle, in denen die Beweiserhebung vor einem Gerichtsdeputierten (Zeugenbeweis) oder vor einem requierierten Richter geschehen kann, so zahlreich, daß die in § 1134 aufgestellte Regel zur Ausnahme wird.

Hinsichtlich der Urkunden hat die Prozeßordnung die neuesten Lehren der Doktrin sich zu eigen gemacht, und teilweise selbst schöpferisch gewirkt. Es greifen im Allgemeinen gesetzliche Regeln durch. Während der Entwurf von 1826 keine Bestimmungen über die Beweiskraft der Urkunden enthielt, so daß die Bestimmungen des Landrechts galten, hat die Prozeßordnung von 1831 in einer partiellen Regelung die Bestimmungen des Landrechts modifiziert. Sie läßt nun auch Einreden und Beweisverfahren sowohl gegen Dispositiv- als auch gegen Zeugnisurkunden zu, die von den kompetenten öffentlichen Beamten in der vorgeschriebenen Form ausgestellt sind. Dasselbe gilt hinsichtlich Privaturkunden, die nicht von Produkten selbst oder dessen Rechtsvorfahrer oder andern Personen, für

deren Handlungen er haftet, ausgestellt sind. Private Zeugnisurkunden geben nur in beschränktem Umfang Beweis.

Darüber, wann eine Urkunde als ächt zu gelten hat, hatte der Entwurf von 1826 gar keine gesetzlichen Regeln aufgestellt. Eine Urkunde mußte nach ihm anerkannt sein, wenn sie zum Beweis benützt werden wollte . Wurde sie nicht ohne weiteres von der Gegenpartei anerkannt, so griff das Anerkennungsverfahren Platz, das mit einem Urteil endigte. Dabei wurde nicht zwischen öffentlichen und privaten Urkunden unterschieden. Es war dem Ermessen des Richters freier Spielraum gelassen, und der Richter war auch an das Gutachten von Sachverständigen nicht gebunden.

Einen andern Standpunkt nahm die Prozeßordnung von 1831 hinsichtlich der Bestimmungen, die die Anerkennung der Ächtheit bezw. Unächtheit einer Urkunde regeln, ein. Sie hatte sich die neuesten Lehren der Doktrin auch hier zu eigen gemacht. Es greifen nach ihr wieder gesetzliche Regeln und Vermutungen Platz, so daß dem Ermessen des Richters nur wenig Spielraum gelassen ist. Eine öffentliche Urkunde gilt solange als ächt, bis der Gegenbeweis der Unächtheit geführt ist. Wird eine Privaturkunde nicht anerkannt, so gilt sie als unächt bis zum Beweis der Ächtheit (durch Zeugenbeweis, Eid, Schriftenvergleichung in Verbindung mit Eid). Die Anerkennung der Ächtheit der Unterschrift begründet auch für die Ächtheit des Inhalts der Urkunde eine gesetzliche Vermutung, die jedoch durch die eigene Beschaffenheit der Urkunde selbst, namentlich durch die erscheinenden Veränderungen, Durchstreichungen, Rasuren, Einschaltungen, Beisätze und dergl. im einzeln Fall geschwächt, oder in Ansehung der veränderten Stellen ganz aufgehoben werden kann, insofern der Produkt läugnet, daß die Veränderung durch ihn selbst oder mit seiner Zustimmung geschehen sei. Immerhin ist im letern Fall dem freien Ermessen des Richters etwas Spielraum gegeben [136]).

---

[139]) Während Baden unter Urkunden, auf die sich die Vorschriften über Urkundenbeweis erstrecken, bloß die durch Schriftzeichen verkör-

Hinsichtlich der Würdigung des Zeugenbeweises nehmen der Entwurf von 1826 und die Prozeßordnung von 1831 ebenfalls einen sehr fortgeschrittenen Standpunkt ein, wenn sie auch noch teilweise durch gesetzliche Bestimmungen als Kind ihrer Zeit sehr einengend wirkten. Sie haben aber zum ersten Male in umfangreicherer Weise den Grundsatz durchgeführt, daß die Zeugen nicht sowohl zu zählen als zu wägen sind. Ganz sich davon zu enthalten, gesetzliche Bestimmungen über die Beweiskraft der Zeugen zu geben, vermochte man jedoch nicht. So bestimmt der § 505 des Entwurfs von 1826: „Die Aussagen eines einzigen Zeugen können nicht als voller Beweis betrachtet werden.“ und der § 512 der Prozeßordnung von 1831 besagt dasselbe. Doch kennen der Entwurf von 1826 und die Prozeßordnung von 1831 keine bestimmten Quoten eines Beweises mehr. Sie lassen dem Richter im Interesse einer den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werdenden Würdigung ziemlich viel Spielraum, so daß er nach Gründen der persönlich höhern oder mindern Glaubwürdigkeit der Zeugen oder nach Gründen der innern Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen abwägen kann[137]). So bestimmt der § 509 des Entwurfs von 1826: „Eine kleinere Zahl von Zeugen kann nur insoweit gegen eine größere gelten, als ihre Glaubwürdigkeit größer ist.“ und der § 517 der Prozeßordnung von 1831 enthält eine ähnliche Bestimmung.[138]).

Vollen Beweis begründet nach dem Entwurf von 1826, der aber hierin nur eine sehr lückenhafte Regelung aufweist, und nach der badischen Prozeßordnung von 1831 der subsidiäre Haupteid, sowohl wenn er zugeschoben wird, als auch wenn er verweigert wird oder richterlicher Noteid ist. Er ist im In-

---

perten Urkunden verstand, faßten die bayr. Entwürfe auch Kerbhölzer, Denkmäler etc. darunter. Der revidierte Entwurf von 1827 und der Entwurf von 1831 sahen auch keine Trennung der Urkunden in Dispositiv- und Zeugnisurkunden vor.

[140]) Motive S. 40.

[141]) Die 3 bayrischen Entwürfe zeigen im allgemeinen mehr formalistische Strenge.

teresse der Freiheit der Parteien an gesetzlich genau fixierte Bedingungen geknüpft und nach dem Muster der damaligen gemeinrechtlichen Doktrin behandelt worden. Vor allem ist die gemeinrechtliche Gewissensvertretung wieder eingeführt worden, nachdem sie das Landrecht kurz vorher nach französischem Vorbilde ausgeschlossen hatte.

Schluss.

Betrachten wir schließlich die Stellung der badischen Prozeßordnung von 1831 innerhalb der Gesamtentwicklung des deutschen Zivilprozesses, so ergibt sich aus all dem bisher Gesagten, daß mit ihr eine neue Epoche beginnt. Während die prozessuale Gesetzgebung des alten Baden sich zuerst in die geistige Gesamtentwicklung des gemeinen Prozesses einfügt, dann in der Mitte des 18. Jahrhunderts auch von den auf der Aufklärung fußenden preußischen Reformideen berührt wurde, ist das Werk des in der napoleonischen Zeit neugeschaffenen Territorialstaats, die Prozeßordnung von 1831, vollkommen schöpferisch. Trotz des Strebens, das mühsam erworbene, brauchbare und erprobte des bisherigen Verfahrens nicht ohne weiteres preiszugeben, wußte man bei der Schaffung dieses Gesetzes, daß man das bisherige im wesentlichen gemeinrechtliche Verfahren nicht bloß durch kleine Mittel verbessern durfte, wenn man eine den Bedürfnissen entsprechende Reform durchführen wollte. Man hatte erkannt, daß man den Prozeß aus den beengenden Fesseln, in die er während der Herrschaft des gemeinen Rechts geschlagen worden war, befreien mußte und ihn in dem früh konstitutionell gewordenen Lande auf die modernen staatsrechtlichen Ideen bauen mußte. Besonders in diesem letztgenannten Punkte ist Baden schöpferisch in Deutschland gewesen, und seine Prozeßordnung von 1831 hat nicht nur als ein für die partikuläre Rechtsgeschichte bedeutendes

Gesetz zu gelten, sondern sie bildet vielmehr ein für die Prozeßrechtsentwickelung ganz Deutschlands ausschlaggebendes Stadium der badischen Gesetzgebung und kann als erster Vorläufer unserer heutigen Zivilprozeßordnung gelten, deren Grundprinzipien sie bereits enthält, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß bei der Schaffung der letztern der französische Prozeß mehr im Vordergrund der Erörterung gestanden hat.

War die Prozeßordnung von 1831 auch in der Ausgestaltung der einzeln Prinzipien nicht immer glücklich gewesen, so hat doch gerade sie, die als erstes Prozeßgesetz Deutschlands auf das Gleichgewichtsverhältnis von Gericht und Partei gebaut war und zuerst in Deutschland die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens einführte, die wissenschaftliche Erörterung derselben belebt und der Wissenschaft durch praktische Erprobung derselben Gelegenheit und Veranlassung gegeben, sie weiter zu behandeln.

Druck von Ferdinand Heyl in Egeln.